

“Discapacidad y capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico del Perú a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad”

Mágaly Rosaura Arredondo Bastidas

Tutora:

Patricia Cuenca Gómez

Getafe, junio 2018

Palabras clave: Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad, discapacidad, capacidad jurídica, sistema de apoyos. legislación civil peruana

Resumen: La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad marca un hito histórico en el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En este sentido el art. 12 de la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad al igual ejercicio de la capacidad e impone el paso del llamado modelo de sustitución en la toma de decisiones, que responde a la visión propia del modelo médico de tratamiento de la discapacidad, y se orienta a la protección del mejor “interés” de las personas con discapacidad al modelo de apoyo en la toma de decisiones que refleja la visión propia del modelo social y responde a la finalidad de proteger la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad. Este trabajo pretende profundizar en el estudio del alcance e implicaciones del art. 12 de la Convención y en su implementación en la legislación civil peruana.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons
Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada

ÍNDICE

Abreviaturas, siglas y acrónimos.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPITULO I. MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD, DERECHOS HUMANOS Y CAPACIDAD JURÍDICA.....	7
1. Modelo de la prescindencia.....	7
1.1. Descripción general: visión y tratamiento de la discapacidad.....	7
1.2. Consecuencias en términos de derechos humanos y capacidad jurídica.....	12
2. Modelo médico rehabilitador	13
2.1. Descripción general: visión y tratamiento de la discapacidad.....	13
2.2. Consecuencias en términos de derechos y capacidad jurídica.....	17
3. Modelo social	22
3.1. Descripción general: visión y tratamiento de la discapacidad.....	22
3.2. Consecuencias en términos de derechos y capacidad jurídica.....	26
CAPITULO II. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	30
1. Algunas dimensiones clave de la Convención internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad.....	30
2. Aspectos Generales de la capacidad jurídica a la luz de la Convención internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad	34
3. Reconocimiento de la personalidad jurídica	39
4. Reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones.....	40
5. Sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.....	52

6. Las salvaguardias en el ejercicio de la capacidad jurídica. Especial referencia al respeto de la voluntad y preferencias.....	59
7. Capacidad jurídica de ejercicio de derechos patrimoniales	64
8. Los casos difíciles.....	66
CAPITULO III. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	69
1. El tratamiento de la discapacidad en la Constitución Política del Perú.....	70
2. El tratamiento de la capacidad jurídica en la legislación civil	76
2.1. Incapacidad jurídica absoluta y relativa como supuestos de discriminación hacia la persona con discapacidad	76
2.2. Sustitución en la toma de decisiones: La curatela	81
2.3. Régimen de interdicción o declaratoria de incapacidad.....	84
3. La adaptación normativa de la legislación civil en materia de capacidad jurídica a la Convención	87
3.1. Iniciativas	89
3.1.1. Ley General de la persona con discapacidad Ley N° 29973.....	89
3.1.2. Proyecto de Ley N° 04601/2014-CR.....	91
3.1.3. Proyecto de Ley N° 00872/2016-CR.....	98
3.2. Valoración general de las iniciativas y propuestas de mejora.....	104
CONCLUSIONES.....	114
REFERENCIAS	118

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

C.C.	Código Civil
C.N.A.	Código del Niño y del Adolescente
C.P.C.	Código Procesal Civil
CC	Código Civil
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CEDDIS	Convención Interamericana para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud
Comité	Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CONADIS	Consejo Nacional para la integración de la Persona con Discapacidad
Convención o CDPD	Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad
CPP	Constitución Política del Perú
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
FJ.	Fundamento Jurídico
LGPD	Ley General de la persona con discapacidad Ley N° 29973
LN.	Ley del Notariado
N°	Número
OMS	Organización Mundial de la Salud
P.L. 2014.	Proyecto de Ley N° 04601/2014-CR
P.L. 2016.	Proyecto de Ley N° 00872/2016-CR
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

INTRODUCCIÓN

En el imaginario social y también en el mundo jurídico las personas con discapacidad tradicionalmente no han venido siendo consideradas como sujetos de derechos humanos, sino más bien como objetos de protección y cuidados.

Una de las manifestaciones principales de esta concepción se encuentra en la posibilidad, contemplada en la mayoría de las legislaciones civiles nacionales, de privar o restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, básicamente con discapacidad mental o intelectual, y nombrar a un tercero que les reemplace en el ejercicio de tal capacidad y, con ello, en el ejercicio de sus derechos. Situación que, no es considerada como una violación a los derechos de la persona, sino, precisamente, como una forma de protección, una forma de cuidado.

En ese contexto, la normatividad referente a la sustitución en la toma de decisiones, los procesos de interdicción y la fundamentación del “mejor interés de la persona con discapacidad” se basa en un modelo de discapacidad médico obsoleto e ignora por completo que hay muchas maneras diferentes de tomar decisiones.

Como una llamada de atención a la sociedad, los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, aprobaron la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, suscrita y ratificada por el Estado del Perú, que entró vigor el 3 de mayo del 2008. Es el primer instrumento de carácter vinculante del sistema de universal de garantía de los derechos de Naciones Unidas orientado a la protección de las personas con discapacidad. La Convención supone, precisamente, un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad que implica dejar de considerar a las personas con discapacidad como objetos de protección para pasar a contemplarlas como sujetos plenos y activos de derechos, que necesitan para su desarrollo como personas el goce y ejercicio efectivo de tales derechos¹.

Como una de las manifestaciones esenciales de este cambio de visión la Convención incorpora especialmente en su artículo 12 – que recoge el derecho al igual reconocimiento ante la ley – innovaciones sustanciales respecto del tratamiento tradicional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Estas innovaciones

¹ DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity: Commentary and Analysis of Article 12 CRPD”, *International Journal of Law in Context*, vol. 13, núm. 1, 2017, p.6.

son el resultado de adoptar el modelo social de tratamiento de la discapacidad por el que aboga la Convención.

Considerando lo anterior este trabajo pretende analizar la incidencia de la nueva visión de la capacidad jurídica que maneja el artículo 12 de la Convención en el ordenamiento jurídico peruano y, en concreto, en la legislación civil. Es importante señalar que este trabajo parte de la premisa de que existe una falta de adecuación de la legislación del Estado Peruano respecto del reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad de la Convención sobre los derechos de la Persona con Discapacidad.

Por lo que respecta a la metodología, atendiendo a los objetivos trazados, para el desarrollo de esta investigación se utilizará el método de análisis documental que abarca, de un lado la revisión de la bibliografía relevante en la materia y, de otro, el análisis normativo y jurisprudencial. Asimismo, el estudio de informes procedentes de organismos internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, entre otros, también ha sido relevante.

En cuanto a su estructura, este trabajo se organiza en tres capítulos. En el primer capítulo se presentan los modelos de tratamiento de la discapacidad² como son: el modelo de la prescindencia, el modelo médico rehabilitador y el modelo social en el que se detallan la visión y la forma en la que abordan y las consecuencias que esta posición generan en términos de reconocimientos de derechos y atribución de la capacidad jurídica.

En el segundo capítulo, se aborda de manera más detalla lo referente a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad. Tras resaltar algunas de las dimensiones básicas de este instrumento internacional y algunos aspectos generales en el tratamiento de la capacidad jurídica este Capítulo entra en el estudio del sentido e implicaciones de las distintas previsiones que contiene el artículo 12 teniendo especialmente en cuenta la Observación General N° 1 “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley” y se detiene en el análisis de los llamados “casos difíciles”.

² Se abordará los modelos históricos desarrollados por PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, Cinca, Madrid, 2008.

Como se comprobará de este análisis se desprende que el artículo 12, “asumiendo la visión propia del modelo social”, reconoce la personalidad jurídica y la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica aboga por las salvaguardias en el ejercicio de la capacidad jurídica, con especial referencia al respeto de la voluntad y preferencias, y alude a la capacidad jurídica para el ejercicio de ciertos derechos patrimoniales. Así, la incorporación del artículo 12 a las legislaciones nacionales exige una revisión profunda de la normativa civil en materia de capacidad jurídica.

El tercer y último capítulo se dedica al estudio de la implementación de las exigencias del artículo 12 de la Convención en el Ordenamiento jurídico peruano. Como se verá, a través del estudio de algunas de las previsiones constitucionales, el marco normativo de tratamiento de la discapacidad en el Perú sigue anclado en el modelo médico, visión que se traslada a la legislación civil en materia de capacidad jurídica. Este Capítulo se detiene en el estudio de esta legislación y de las principales iniciativas que se han planteado para su adaptación normativa a los contenidos del artículo 12 de la Convención. Finalmente, este Capítulo incluye una valoración de estas iniciativas y una propuesta que intenta mejorar algunos aspectos de la futura reforma en relación con la modificación del Código civil, el Código procesal civil y la Ley del Notariado.

Para concluir esta introducción considero importante recordar que el discurso de los Derechos Humanos es un discurso que defiende a las personas en situaciones de vulnerabilidad más graves dentro de una estructura de dominación y que este es, precisamente, el caso de las personas con discapacidad privadas de capacidad jurídica. Así, la reflexión desarrollada en este trabajo, que considera que todos somos parte de la discapacidad, pretende contribuir a subsanar esta situación.

CAPÍTULO I

MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD, DERECHOS HUMANOS Y CAPACIDAD JURÍDICA

Es común hacer referencia a tres grandes modelos de tratamiento de la discapacidad: el modelo de la prescindencia, el modelo médico y el modelo social que presentan rasgos distintos y que tienen consecuencias diversas en términos de reconocimiento de derechos y atribución de capacidad jurídica. Como se comprobará a lo largo del trabajo, en la actualidad las legislaciones nacionales – y también la legislación peruana - responden todavía, en gran medida, a la visión propia del modelo médico mientras que la Convención, “en el conjunto de su articulado y en particular en su artículo 12”, asume los presupuestos del modelo social. En este apartado se pretende describir los presupuestos esenciales de los modelos de tratamiento de la discapacidad estableciendo los rasgos básicos que los caracterizan, las consecuencias en términos de derechos y capacidad jurídica que cada enfoque propugna.

1. Modelo de la prescindencia

1.1. Descripción general: visión y tratamiento de la discapacidad

El primer modelo que se identifica para abordar la discapacidad se denomina el modelo de la prescindencia, denominado así porque “la sociedad ha decidido prescindir de las personas con discapacidad”³.

Considera que la discapacidad es un rasgo individual de la persona⁴ que la padece. El modelo surge desde la prehistoria⁵, se mantiene a lo largo de la edad antigua y edad media.

³ PALACIOS, A., “Una Introducción al Modelo Social de Discapacidad y su reflejo con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en SALMON, E., (coord.), *Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, p.16.

⁴ La palabra persona no tenía el significado en el sentido actual del término. Es hasta el modelo social donde se comienza a usar el término persona con discapacidad, en el contexto histórico del modelo de la prescindencia no existía esta categoría, pero la emplearé a efectos de una mejor lectura. En ello ha incidido Agustina Palacios cuando señala que el concepto de persona que existía en la antigüedad no era el mismo que impera en nuestros días, por lo que a sus ojos aquellos monstruos deformes ni siquiera llegaban a ostentar la calidad de seres humanos. Cfr. PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., p. 18

⁵ AGUADO DÍAS, A., *Historia de las deficiencias*, Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, Madrid, 1995, p. 39. “la discapacidad en la Prehistoria queda patentizada con la práctica del infanticidio,

Las razones que justifican este modelo de prescindencia establecen que la discapacidad tiene una fundamentación de origen religioso, y la entiende como una sanción de los dioses por un mal comportamiento de los antecesores de la persona con discapacidad, que se reflejará como un castigo divino o una posición diabólica⁶. El ideario social concibe que la persona con discapacidad es una carga para la sociedad; por lo tanto, un ser improductivo. A partir de estos presupuestos se considera que había que prescindir de las personas con discapacidad o marginarlas.

El tratamiento del modelo de la prescindencia de la persona con discapacidad en la sociedad es analizado por AGUADO al señalar que “en todas las culturas siempre ha habido, por un lado, individuos *diferentes* que han sido objeto de las todavía más variadas concepciones y formas de trato, y por otro lado, unos muy variados expertos encargados por las instituciones dominantes en el momento de definir qué es la *diferencia* quiénes son los *diferentes*, cuál es el lugar que les corresponde en la sociedad, y cuál es el trato que deben recibir.”⁷

La discapacidad es considerada un estigma social⁸; por tanto, se desarrolla en contextos de desigualdad, clases o castas y una conciencia de la no universalidad de la condición de ser humano. Precisamente FERREIRA señala, “había seres humanos destinados a ser libres y seres humanos destinados a ser esclavos, y eso se entendía que formaba parte de las condiciones naturales de nuestra existencia; dicho de otra forma, se sabía y asumía que no todos los seres humanos valían lo mismo”⁹.

en la eliminación y/o abandono de los sujetos discapacitados para la caza y el nomadismo y en la probable remisión de algunos casos al brujo o al hechicero animistas”. Aunque aún quedan reminiscencias del modelo de la prescindencia en la actualidad, un ejemplo es la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo de España que señala en su art.14 que durante las primeras 14 semanas se podrá acceder a la Interrupción Voluntaria del Embarazo por decisión libre de la mujer y sin necesidad de causa tasada. El plazo de extiende a las 22 semanas cuando (...) se detecten graves anomalías en el feto. (art.15)

⁶ AGUADO DÍAZ, A., *Historia de las deficiencias...* ob. cit., pp. 41-45. El autor realiza un estudio profundo referente al tratamiento de la discapacidad a lo largo de la historia, remarca que en la Edad Antigua la discapacidad era un castigo de los dioses por un pecado de quien la padece e, incluso, manifestaciones de los espíritus del mal, por tanto, asentamiento de la demonología, en especial en la religión persa, posesión de los espíritus del mal.

⁷ Ibidem, p. 20.

⁸ SCHEERENBERGER, R. C., *Historia del retraso mental*, trad. de VILLENA, I., Real Patronato de Educación y Atención a Deficientes, Servicio Internacional de Información sobre Subnormales, San Sebastián, 1984, p.7. “los habitantes de las Nuevas Hébridas, no sólo sacrificaban al niño malformado, sino también a la madre”.

⁹ FERREIRA VÁZQUEZ, M.A., “Modernidad, individuo y diversidad funcional: Una infundamentación ética”, en *Intersticios Revista Sociológica de Pensamiento crítico*, vol. 2, 2008, p.4. Dice el autor que el “ciudadano” de la Polis era miembro de una minoritaria y selecta clase de seres humanos dotados de derechos y deberes políticos, así como de conciencia; pero todo el mundo era consciente de que esa

Bajo la premisa precedente, de no considerar personas a todos y la gran influencia religiosa preponderante de aquel tiempo¹⁰ dio lugar al establecimiento de los submodelos de tratamiento de la discapacidad el eugenésico y la marginación.

El primer submodelo es el modelo eugenésico de la discapacidad, que podría ser situado en la edad antigua clásica¹¹. La persona¹² con discapacidad tiene una vida que no merece ser vivida¹³. En ese sentido, en caso de constatar que el infante, adolescente o persona adulta es persona con discapacidad se emplean políticas para eliminarlos buscando el perfeccionamiento de la especie humana.

La sociedad a través de políticas eugenésicas evita que su población esté conformada por personas con discapacidad. Por consiguiente, propugna el perfeccionamiento de la especie humana a través de la eliminación de los “seres deformes”. Son los casos que a modo de explicación se presentan en Esparta, Grecia y Roma.

Esparta fue considerada la ciudad – estado que otorgó el mayor culto a la fuerza física y agresividad con la finalidad de obtener “los mejores guerreros”. En ese sentido, SCHEERENBERGER relata que en Esparta el infanticidio se consideraba esencial para controlar la naturaleza de la población espartana, para promover el ideal de la raza pura y poder cumplir con los objetivos militares¹⁴.

condición de ser humano no era la mayoritaria, no estaba dotada de universalidad. Asimismo, un caso palpable es el tratamiento de los niños, considerados como una simple propiedad cuyo fin era convertirse en un ciudadano ideal. CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos del niño: modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006. En este sentido, el autor describe al niño como “el mármol, de mejor o peor calidad —de mejor o peor naturaleza, con la que el escultor —legislador, ha de esculpir —formar, mediante buen uso del cincel —educación, el más perfecto busto —ciudadano”.

¹⁰ FUSTEL DE COULANGES, N.D., *La ciudad antigua*, trad. de DIAMANTE, C., Colección Obras Maestras, Barcelona, 1971, 268. “la ciudad antigua fue fundada sobre una religión y constituida como una Iglesia. Ello es la razón de su fuerza, de su omnipotencia y del imperio que ejerció sobre sus miembros”.

¹¹ PALACIOS, A., y ROMANACH, J., *El modelo de la diversidad. La bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas – AIES, Madrid, 2006, p. 41. Además, PALACIOS, A. y BARIFFI F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones CINCA, Madrid, 2007, pp.14 y ss.

¹² AGUADO DÍAZ, A., *Historia de las deficiencias...* ob. cit., p. 296. El autor argumenta que en esa época no era posible la existencia de la libertad individual.

¹³ PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., p. 38.

¹⁴ SCHEERENBERGER, R. C., *Historia del retraso mental...* ob. cit., p. 42. Resalta el autor que Esparta, más que cualquier otra ciudad—estado, elevó el culto de la fuerza física y la agresividad a cuotas inigualadas, por lo que encuentra lógico que una sociedad con tales concepciones hiciese profundo hincapié en la eugenesia y el infanticidio. Un ejemplo de aquello era la práctica de exponer al recién nacido ante un consejo de ciudadanos inspectores, y “si se demostraba o se sospechaba signos de deformidad, taras o debilidad debía ser despenado desde el monte Taigeto”.

El tratamiento de la discapacidad en Grecia y Roma consiste en promover “infanticidio, malos tratos, esclavitud, mutilación para mendicidad”¹⁵, comportamientos que se encontraban impregnados en el imaginario social y defendidos por los filósofos de la época. Por ejemplo, en Grecia PLATÓN consideraba que “Digo, pues, que ya ha sido sentido el principio de que los mejores de cada sexo deben unirse con los mejores con tanta frecuencia, y los inferiores con los inferiores tan rara vez, como sea posible; y que es preciso criar a los vástagos del primer tipo de unión, pero no del segundo, si la estirpe se ha de mantener en condiciones óptimas... Los funcionarios pertinentes llevarán los hijos de los padres selectos al redil o guardería, y allí los depositarán en manos de ciertas nodrizas que habitarán un cuarto separado; pero los vástagos de los inferiores, o de los superiores cuando hayan nacido deformes, serán rechazados...”¹⁶.

El segundo submodelo es el de la marginación mayormente desarrollado en la edad media¹⁷, mediante el cual se excluye a la persona con discapacidad de la sociedad para calificarla como objeto de compasión o rechazarla por suponer que es producto de hechicería¹⁸. Entonces, no se va a prescindir de la persona con discapacidad, pero se le va a marginar para incluirla en el grupo de pobres y mendigos¹⁹.

Respecto de la marginación YOUNG establece que es un criterio de opresión debido a que “las personas marginales son aquéllas a las que el sistema de trabajo no puede o no quiere usar”²⁰. Entonces, las personas con discapacidad quedan excluidas²¹ de la sociedad; por considerar, que tienen características que no les permiten ingresar a la estructura o patrón social, una estructura que es considerada “normal”.

¹⁵ Ibídem., p.55.

¹⁶ PROTÁGORAS, GORGIAS, *Carta Séptima, Introducción*, trad. de MARTÍNEZ GARCÍA, J., Alianza, Madrid, 1998, p. 28. Pensamiento compartido por Aristóteles, quién señalaba que “en cuanto a la exposición o crianza de los hijos, debe ordenarse que no se críe a ninguno defectuoso”. Se recomienda ver ARISTÓTELES, *Política*, trad. de MARÍAS, J., y ARAUJO, M., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2005. Además, en relación con las ideas de Aristóteles respecto del control que se ejercía sobre la “calidad” de la naturaleza del niño a través de la legitimación de prácticas abortivas y la exclusión de su crianza como consecuencia de sus diversidades funcionales, un estudio pormenorizado al respecto presenta CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos del niño...* ob. cit., pp. 46 y ss.

¹⁷ PALACIOS, A., y ROMANACH, J., *El modelo de la diversidad...* ob. cit., p. 42. Además, PALACIOS, A. y BARIFFI F., *La discapacidad...* ob. cit., p. 14.

¹⁸ PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., p. 54. “La discapacidad como una situación inmodificable originaba que la misma debiera ser aceptada con resignación”.

¹⁹ Ibídem, p. 56.

²⁰ YOUNG, I., *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de ÁLVAREZ S., Ediciones Cátedra Universitat de València, Instituto de la Mujer, Madrid, 2000, p.94.

²¹ A mayor profundidad ver el submodelo de marginación en PALACIOS, A. y BARIFFI F., *La discapacidad...* ob. cit., p.16.

La exclusión que vive la persona con discapacidad es justificada, o inclusive no era considerada como una marginación. Debido que aquella situación social oprimida era la que daba base a una estructura de dominación y poder²². En esta idea, ha incidido GEREMEK cuando señala “la marginación a la que se encontraban expuestos ciertos colectivos era una marginación necesaria y de sostén dentro del conjunto social (...) resulta difícil considerar a los mendigos personas del todo marginadas. Ellos resultaban necesarios por cuanto ofrecían la posibilidad de testimoniar la caridad, se encontraban organizados y estabilizados, y vivían en el respeto a las normas de la convivencia social²³.”

En ese contexto “los sujetos con discapacidad” comenta AGUADO “pasan desapercibidos, incluso cuando encuentran algún lugar o papel social que desempeñar. La mayoría son objetos de prácticas brutales”²⁴.

En el modelo de la prescindencia el modo de subsistencia de la persona con discapacidad fue la mendicidad²⁵, la caridad de la iglesia, labores de entretenimientos como bufones²⁶, esferas del ámbito de recreación siendo objeto de burla²⁷, en ese contexto GARLAND señala que “existía un perverso e inagotable apetito por lo exótico y lo bizarro, que inducía a pagar precios exorbitantes por aquellas monstruosidades humanas”²⁸. Respecto a los sobrevivientes eran objeto de un tratamiento cruel, y de persecuciones con resultados que llegaron hasta la muerte.²⁹

²² BRAUDEL, F., *Las civilizaciones actuales. Estudio de historia económica y social*, Tecnos, Madrid, 1966, p. 277. El autor argumenta como lo más débiles se encomendaban a los más poderosos, a través de la esclavitud y la servidumbre y la base de esa relación era el miedo y la superstición.

²³ GEREMEK, B., *El marginado*, en LE GOFF, J., *El hombre medieval*, trad. de MARTÍNEZ, J., Alianza, Madrid, 1990, p. 383.

²⁴ AGUADO DÍAZ, A., *Historia de las deficiencias...* ob. cit., p.58.

²⁵ PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., pp. 59 – 60. La autora manifiesta que en muchos casos se recurriría a mutilar a niños exclusivamente para convertirlos en mendigos.

²⁶ MONTORO MARTÍNEZ, J., *Los ciegos en la historia*, Tomo I, ONCE, Madrid, 1991, p.460. Relata que, en toda época, los ciegos entretenían con su música y cantares, en algunos casos de rezadores a domicilio hasta los bardos invidentes y juglares, que llevaban de aldea en aldea y de castillo en castillo los cantares de amor y de guerra.

²⁷ PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., p.38.

²⁸ GARLAND, R., *The eye of the beholder. Deformity & Disability in the Graeco—Roman world*, Duckworth, London, 1995, p.34. Detalla GARLAND que también existía la creencia de que algunas de ellas eran dotadas con poderes sobrenaturales, o también eran utilizadas como amuletos para la suerte.

²⁹ *Ibidem*, p. 39. Comenta el autor que el Emperador Claudio dictó un edicto declarando que los esclavos con discapacidad debían ser abandonados en vez de quitárseles la vida. Por lo que se inclina a pensar que el hecho de matarlos era una práctica habitual.

1.2. Consecuencias en términos de derechos humanos y capacidad jurídica

Por lo antes expuesto, se aprecia que en el modelo de la prescindencia todas las personas no tenían derechos y esto se traduce porque la vida de todos los seres humanos no tenía el mismo valor ni la misma importancia dado el contexto histórico de desigualdad. Amparado en ello, el modelo justifica la esclavitud de las mujeres, personas con discapacidad, los niños, ente otros, bajo los presupuestos de carecer de libertad y autogobierno.

Precisamente, ARISTÓTELES señala “El hombre (...) es esclavo solo en la medida en que es incapaz de su propia libertad y autosuficiencia en el seno de una *polis justa*. Así son esclavos “por naturaleza, por distintos motivos los niños, probablemente las mujeres en el seno de la comunidad doméstica, y en virtud de su insuficiencia económica, los débiles moral y psíquicamente, y los malvados que están dominados por sus pasiones, también los bárbaros, pero no por ser tales sino en virtud de su presumible falta de desarrollo cívico y moral”³⁰.

En Roma³¹ partiendo de la base de los filósofos griegos, se privilegiaba la posición (*status*) dentro de los grupos sociales, que en modo alguno permite predicarla homogéneamente de todos los seres humanos³². Los derechos de las personas con discapacidad son inexistentes, convirtiéndoles en esclavos, comportamiento que era justificado alegando que era mejor que dejarlos morir.³³ Y ello se debía a que, en Roma, al igual que el caso griego, no se concebía a los jóvenes de otro modo que, como propiedad de los adultos y la comunidad, cuyos intereses siempre se priorizaban³⁴.

³⁰ ARISTÓTELES, *Política*...ob. cit.

³¹ *Ibidem.*, p.53. “Los niños no deseados eran situados en la base de la columna Lactaria, donde muchos eran mutilados para incrementar su valor como mendigos, en Roma existieron prácticas y actitudes de rechazo y desprecio aceptada por la mayoría, intelectuales como Séneca incluidos. Sin embargo, otros intelectuales, como Cicerón, algunos gobernantes y varios médicos, en general griegos asentados en Roma mantienen otras actitudes e introducen otro tipo de prácticas que, consideradas de formas global, son innovadoras, pero no acaban de prender”.

³² Se debe recordar que el derecho romano “será también decisivo para la formación del Derecho moderno, supondrá el paso de una sociedad teocéntrica a una sociedad iuscéntrica” FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Derecho privado romano*, Ed. Iustel, 2009. Madrid, p. 44.

³³ SCHEERENBERGER, R. C., *Historia del retraso mental*...ob. cit., p. 25.

³⁴ *Ibidem.*, p. 24, El autor sostiene que es imposible describir en forma completa todas las experiencias por las que atravesaron las personas con discapacidad en aquellos tiempos. Así también SENDRAIL, M., *De los monstruos a los Dioses*, Archivos Iberoamericanos de Historia de la Medicina, Vol. IV, Fasc. II; julio-diciembre de 1962, p. 353. Narra que el nacimiento de un hijo, sobre todo si era varón, constituía un acontecimiento de primer orden en la vida de una familia, debido que la potestad que ejercía el padre romano sobre la vida de sus hijos —patria potestad— no ha tenido parangón en ninguna otra sociedad.

En el Derecho Romano, la capacidad jurídica era concerniente al *status* y orden jurídico romano (*per arbitrium*). Así las cosas, TAMAYO explica que “la capacidad jurídica se lograba reuniendo los *status civitatis* (ciudadano) y *libertatis* (libre) y gozando de la posición *sui iuris* (condición jurídica de independiente) en el *status familiae* (*pater familias*)”³⁵. Por tanto, resulta fundamental la posición del individuo en la sociedad para ser partícipe del *ius personarum*³⁶, que es el derecho que regula estos tres tipos de *status*: *libertatis*, *civitatis* y *familiae*.

Consecuentemente, el tratamiento eugenésico y de marginación al que fueron sometidas las personas con discapacidad les impide reunir estos requisitos concurrentes. Las personas con discapacidad no poseían capacidad jurídica. De hecho, se ha llegado a la conclusión de que ni siquiera eran consideradas personas, razón que justifica que la sociedad decidiera prescindir de ellas.

2. Modelo médico rehabilitador

2.1. Descripción general: visión y tratamiento de la discapacidad

De la misma manera que el modelo de la prescindencia, el modelo médico rehabilitador también considera a la discapacidad como un rasgo individual de la persona, que no deriva de un origen religioso, sino que se le otorga un carácter científico como un símil de enfermedad³⁷. Desde esta visión, la discapacidad será el resultado de la deficiencia de la persona.

La discapacidad es considerada como un “problema individual” de la persona que la “limita”. Esta relación de causalidad que establece entre la discapacidad y la limitación generada por “la deficiencia” ha sido estudiada por OLIVER quien la denomina “la teoría de la tragedia personal de la discapacidad” que sugiere que la discapacidad es un evento fortuito terrible que sucede a algunos individuos³⁸.

Podía matarlos, mutilarlos o venderlos, sin embargo, el nacimiento de un niño con discapacidad significaba que la alianza con los dioses se encontraba rota.

³⁵ TAMAYO Y SALMORÁN R., “Sujeto de derecho”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Distribuciones fontamara, Itam, México, 1995 pp. 176.

³⁶ *Ibidem*, p. 177. El autor señala que es el derecho referido a los individuos considerados como investidos de facultades y derechos.

³⁷ También se puede atribuir como origen de la discapacidad a los accidentes, condiciones de salud, etc.

³⁸ OLIVER, M., *Understanding Disability. From theory to practice*, Palgrave, Malasia, 1996. pp. 32 y ss.

El modelo médico rehabilitador se fundamenta en dos grandes presupuestos. Por un lado, la discapacidad como un problema derivado de los aspectos biológicos individuales de la persona causados por enfermedades, condiciones de salud, accidentes, etc.³⁹ Por otro lado, que las limitaciones del desenvolvimiento en la sociedad de la persona con discapacidad se atribuyen a la deficiencia. Al amparo del modelo médico rehabilitador la discapacidad se establece en un diagnóstico clínico que se basa en parámetros médicos⁴⁰.

Los comienzos del modelo médico rehabilitador datan de los inicios del Mundo Moderno⁴¹, tiempo que concibe el desarrollo y progreso de la sociedad a través del trabajo del hombre⁴². No obstante, el modelo se afianza en los inicios del Siglo XX al finalizar la Primera Guerra Mundial⁴³. Culminada la guerra surgió un sentimiento de colectividad, que se debía reemplazar lo que la guerra se había llevado, respecto de los mutilados de guerra⁴⁴.

Esta manera de relacionar la discapacidad con los heridos de guerra originó la dación de lineamientos de políticas sociales generadas por el sentimiento social de reparar el daño causado post guerra a los mutilados. Estas medidas se adoptaron a través de pensiones de invalidez, beneficios de rehabilitación y cuotas laborales⁴⁵.

³⁹ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012, pp.27-28. “La visión del modelo rehabilitador respecto de la discapacidad es una cuestión médica relacionada con la pérdida o la merma que sufren determinadas personas en sus estructuras o funciones físicas, psíquicas, sensoriales etc. como consecuencia de un trauma, enfermedad, accidente, o condición de salud”.

⁴⁰ STIKER, H.J. *History of Disability*, trad. de SAYERS, W., ARBOR, A., The University of Michigan, United States of American, 1999, p. 10. El autor señala que las llamadas personas con discapacidad, “consideradas inválidas”, son evaluadas tomando como referencia a otras “válidas”.

⁴¹ PUIG DE LA BELLACASA, R., *La discapacidad y la rehabilitación en Juan Luis Vives. Homo homini par*, Real Patronato de Prevención y atención de personas con minusvalía, Madrid, 1993.

⁴² CARRETERO PASÍN, E., “Reacciones a la modernidad. Una lectura de las respuestas de lo social al ejercicio del poder”, en *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas de la Universidad Complutense de Madrid*, num.7, Madrid, 2007. El autor señala que la modernidad implanta la mitología del progreso como rumbo unidireccional que guía la significación del proceso histórico (...) la esencia del mundo moderno: la soberanía de un sujeto prometeico que se relaciona con la naturaleza desde una actitud exclusivamente instrumental, utilitaria y productiva. DE LA TORRE DÍAZ, J. y PEREZ MARÍN, J., *Autonomía personal y atención a la dependencia*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009, p.74. Los autores sostienen que la revolución industrial, y el inicio de la feroz competencia entre todos, pusieron en peligro la supervivencia de los “débiles” y con ello el reconocimiento de su propia dignidad.

⁴³ Aunque existan antecedentes del uso de la medicina para “normalizar” a la persona con discapacidad. Ver. AGUADO DÍAZ, A., *Historia de las deficiencias...* ob. cit., pp.26 y ss.

⁴⁴ STIKER, H.J. *History of Disability*... ob. cit., p. 124.

⁴⁵ “No obstante, por la década de los años sesenta dichas medidas fueron extendidas a todas las personas con discapacidad, dejándose de lado la consideración respecto de las causas que dieron origen a la

Sin embargo, no todas las personas con discapacidad fueron tratadas de la misma manera. Por ejemplo, SHAPIRO relata que “durante la primera mitad del Siglo XX las personas con discapacidad intelectuales, con enfermedades mentales, parálisis cerebral y, al menos hasta la década de los años cuarenta las personas con epilepsia eran vistas como una amenaza para la salud e inteligencia de las futuras generaciones”⁴⁶.

Posteriormente, culminada la Segunda Guerra Mundial gran cantidad de personas con discapacidad pasaron de ser consideradas amenazas a ser contempladas como pacientes. En esta idea, ha incidido FOUCAULT al señalar que “Se las comenzó a tratar como personas enfermas con necesidad de ayuda, educación, y corrección; pasando, de este modo, a considerar el encierro como una herramienta valorada”⁴⁷.

El tratamiento de la discapacidad desde el modelo médico rehabilitador no prescinde de la persona con discapacidad; sino, el objetivo será rehabilitarla, habilitarla, etc. Se aprecia claramente la concepción del modelo en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que expresan “el tratamiento de la discapacidad está encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona y un cambio de su conducta”⁴⁸.

Al amparo de este modelo, la medicación es un mecanismo fundamental de intervención, y la figura del profesional médico rehabilitador, es trascendental porque se convierte en la persona más influyente en la vida de la persona con discapacidad. Precisamente, STIKER comenta respecto del rol del médico que “Él se pronuncia sobre la terapia, pero también opina sobre el destino de la persona con discapacidad y determina sus derechos”⁴⁹. El Estado brinda atenciones sanitarias, de cuidado y protección para

deficiencia” BARRIFFI, F., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, CERMI, Fundación Derecho y Discapacidad, CINCA, Madrid, 2014, p. 44.

⁴⁶ SHAPIRO, J., *No Pity, People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement*, Times Books, Random House, New York, 1994, pp. 158 y ss.

⁴⁷ FOUCAULT, M., *Historia de la locura en la época clásica*, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1997.

⁴⁸ VAZQUEZ-BARQUERO, J., *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la discapacidad y de la salud*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2001, p.22.

⁴⁹ STIKER, H.J. *History of Disability...* ob. cit., p.10. Véase para mayor reflexión BRISENDEN, S., “Independent Living and the Medical Model of Disability”, *Disability, Handicap & Society*, vol.1, núm.2. 1986, pp. 173–178. BRISENDEN señala que el problema con el quehacer médico deviene no sólo cuando determinan la forma de tratamiento, si el tratamiento es apropiado; sino, cuando determinan la forma de vida de la persona con discapacidad.

“mejorar” la discapacidad. El fin primordial que persigue este paradigma es que la persona alcance un patrón de normalidad⁵⁰ de un estándar social⁵¹.

Desde estos presupuestos se oculta la diferencia para integrar a la persona en los patrones de normalidad del grupo dominante. En ello hace hincapié FERREIRA cuando acota “Toda persona que, por herencia o adquisición, se instale en un cuerpo, una corporalidad, no acorde con el estándar reconocido como adecuado, legítimo, verá mermadas sus posibilidades de realización”⁵².

En ese orden de ideas, la sociedad tiene como objetivo “normalizar” a la persona con discapacidad para borrar⁵³ la discapacidad por considerarla diferente⁵⁴, así relata OLIVER “Este proceso de exclusión fue facilitado a través del enfoque del cuerpo como algo “capaz”⁵⁵. Sin embargo, esta comparación es injusta si se realiza respecto de parámetros de normalidad establecidos por la sociedad y el Estado que tienen un poder estructural de dominación sobre el grupo de personas con discapacidad⁵⁶.

Consecuentemente, este modelo aborda el tratamiento de la discapacidad desde un punto de vista sanitario encaminado al otorgamiento de prestaciones de salud. En este sentido señala GIMÉNEZ “el modelo con el que los poderes públicos se aproximaban a esta realidad era el modelo médico, es decir, que situaba en el individuo el “problema” de la discapacidad, cuya única respuesta se circunscribía a la mejora de la política de

⁵⁰ PALACIOS, A., “Una Introducción al Modelo Social de Discapacidad ... ob. cit., p. 12.

⁵¹ COURTIS, C., “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la ley 51/2003”. *Revista de jueces por la democracia*, núm. 51, 2004, pp. 7-14. COURTIS señala que la configuración de lo estándar no es neutra, sino que se encuentra sesgada a favor de los parámetros físicos y psíquicos de quienes constituyen el estereotipo culturalmente dominante.

⁵² FERREIRA VÁZQUEZ, M.A., “Modernidad... ob. cit., p. 12.

⁵³ STIKER, H.J. *History of Disability*... ob. cit., p. 12. STIKER argumenta que el éxito de la integración (de las personas con discapacidad) puede depender de una variedad de estrategias de asimilación, pero existe detrás de cada acción el ideal social de la goma de borrar —the social ideal of erasure. También, SERRA, M.L., *Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional*, dykinson, Madrid, 2017, p. 118. “modelo claro de integración, concebido de la siguiente manera: hasta que la persona no pueda ser ‘capaz’ de pertenecer a la sociedad de norma, no va a poder ser una persona con un cuerpo, o mente ‘capaz’. Hay una ideología, un dominio de poder hegemónico que justifica la razón de un cuerpo capaz, de una persona normal”

⁵⁴ PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad*... ob. cit., p.100. “según los objetivos del modelo rehabilitador, parece que las personas con discapacidad se encontraran obligadas a ser como los demás”.

⁵⁵ OLIVER, M. *The Politics of Disablement*, Macmillan Press, Hong Kong, 1990.

⁵⁶ MINOW, M., *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca, Cornell University Press, London, 1990. La autora argumenta que la diferencia realizada entre cuerpo-capaz y personas con discapacidad no es una distinción objetiva, neutra. ¿Bajo qué parámetro se considera a alguien capaz o incapaz? Depende del punto de comparación.

atención a la salud”⁵⁷. Cuando no es posible “curar” a la persona con discapacidad; se deberá asistirle y protegerla. Surge entonces, cuestión en la que luego se incidirá, el reconocimiento de los derechos específicos para las personas con discapacidad que son básicamente derechos sociales ⁵⁸.

La finalidad del tratamiento del modelo médico rehabilitador es dictar e implementar lineamientos de políticas públicas⁵⁹, especialmente de seguridad social, para rehabilitar y hacer desaparecer la diferencia⁶⁰ que representa la discapacidad. De manera tal, que la persona con discapacidad se convierta en un ser productivo - útil y así pueda ser integrado (no incluido) a la sociedad. En caso contrario, será excluida, situando nuevamente “el problema” y “la solución” como una carga o responsabilidad que debe asumir la persona con discapacidad. En consecuencia, la persona con discapacidad será integrada en tanto se rehabilite u oculte su diferencia para así situarse en el “estándar de normalidad”. Precisamente, MORRIS señala “Ello porque se entiende que lo defectuoso debe tomar lo estándar como modelo⁶¹. Desde estas premisas, el modelo médico rehabilitador genera dependencia y refuerza una estructura de dominación y poder.

2.2. Consecuencias en términos de derechos y capacidad jurídica

Como se ha señalado en el apartado precedente, el modelo médico considera a la persona con discapacidad como un ser fuera de lo normal que necesita una “protección especial”. En este sentido, la persona con discapacidad se concibe no tanto como un sujeto de derechos, sino como un “objeto de protección”.

⁵⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D., “Principio de igualdad de trato por razones de discapacidad en el ordenamiento Europeo y Español”, en PÉREZ BUENO, L. C., (coord.), *Hacia una derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters. Aranzadi, Pamplona, 2009, p.223.

⁵⁸ DE ASÍS ROIG, R., “Derechos humanos y discapacidad... ob. cit., pp. 34 y 35. También, BARRRANCO AVILES M.C., *Diversidad de situaciones y universalidad de derechos*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 22-24. Asimismo, CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 158, 2012, pp. 116-117.

⁵⁹ GARCÍA EGEA C. y SÁNCHEZ SARABIA A., “Visión y modelos conceptuales de la discapacidad”, *Políbea*, núm. 73, 2004, pp.29-42. Los autores comentan que en la formulación de políticas de intervención sobre la discapacidad se comienza a hablarse de integración, primero en el ámbito escolar (todos los niños tienen derecho a asistir a la escuela ordinaria de su localidad, sin posible exclusión) para extenderse rápidamente a todas las parcelas: se comenzará a hablar de integración social o integración laboral.

⁶⁰ PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., p. 81 “desde la concepción rehabilitador médico la persona con discapacidad es un ser humano que se considera desviado de una supuesta norma estándar, y por dicha razón (sus desviaciones) se encuentra limitada o impedida de participar plenamente en la vida social”.

⁶¹ MORRIS, J., *Encuentros con desconocidas. Feminismo y discapacidad*, Narcea, Madrid, 1996. p. 24.

La discapacidad justifica, así, como antes se señaló, el reconocimiento de “derechos específicos” que tan sólo se enmarcan en el ámbito de los derechos sociales que a la larga parecen prestaciones sociales que se brindan a la persona con discapacidad en un campo de beneficencia y ayuda social⁶².

En todo caso, en teoría el modelo médico considera que las personas con discapacidad son titulares de los demás derechos que poseen el resto de los ciudadanos, pero, en la práctica sólo van a poder ejercerlos y disfrutarlos en condiciones de igualdad cuando se amolden a los patrones de normalidad. Así, cuando el sujeto no supera sus desviaciones se acepta que pueda ser limitada su participación en la vida social y sufra restricciones en sus derechos⁶³.

Finalmente, el modelo médico justifica también limitaciones formales en relación con la capacidad ejercicio de los derechos respecto de ciertas personas con discapacidad. La comprensión de esta consecuencia del modelo exige tomar en consideración la concepción del sujeto de derechos que se ha venido manejando desde la ilustración.

En ese contexto, DE ASÍS relata “un sujeto moral supone considerar a hombres y mujeres como elementos esenciales del discurso moral, como sujetos racionales capaces de elaborar y proponer planes de vida y de llevarlos a la práctica,⁶⁴sólo este sujeto moral es quién puede participar de la discusión moral”⁶⁵.

Ciertamente, la teoría de los derechos se ha construido sobre una visión del ser humano como sujeto moral dotado de una serie de capacidades (capacidad de razonar, capacidad de comunicar, capacidad de sentir). Ejemplo de este presupuesto, es el

⁶² CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...*ob. cit., p. 28. “las respuestas sociales frente al fenómeno de la discapacidad consisten en medidas dirigidas a la persona individualmente considerada y se desenvuelven prioritariamente en el ámbito de la atención a la salud, la seguridad social, la asistencia, la protección social y en ámbitos puntuales del Derecho civil, relativos a la incapacitación”. También, BARNES, C., *Disabled People in Britain and Discrimination. A case for Antidiscrimination Legislation*, Hurst and Company, London in association with the British Council of Organizations of Disabled People, United Kingdom, Third Edition, 2000. señala que este modelo enfatiza las barreras económicas, medioambientales y culturales. Por ejemplo, la inaccesibilidad en la educación, en los sistemas de comunicación e información, en los entornos de trabajo, sistemas de beneficencia inadecuados para las personas con discapacidad, servicios de apoyo social y sanitarios discriminatorios, transporte, viviendas y edificios públicos y de entretenimiento inaccesibles y la devaluación de las personas etiquetadas como discapacitadas.

⁶³ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...*ob. cit., pp. 30-31.

⁶⁴ DE ASÍS ROIG, R., “Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”, en CAMPOY, I., y PALACIOS, A., (ed), *Igualdad, No discriminación y Discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2007, p.36.

⁶⁵ *Ibidem* p.32.

pensamiento de KANT que señala “donde la persona tiene un valor incondicional, absoluto; es fin en sí misma, en suma: sujeto trascendente. Esta característica convierte a la persona en sujeto moral, objeto de predicación moral”⁶⁶.

La concepción imperante social era la Kantiana que propugna aquella valoración de la persona fundada en la autonomía y racionalidad. Esta manera de reflexionar influirá en la construcción de la propia teoría de los derechos humanos⁶⁷ que se conecta con el modelo médico rehabilitador. Por consiguiente, las personas que no se ajustan a estos presupuestos, no son consideradas personas dignas y capaces. Se les excluye de pertenecer y participar de la sociedad “norma”.

Como consecuencia de lo anterior, se establecen lineamientos de política paternalistas⁶⁸, como una regla general, en los menores de edad, las personas con discapacidad, adultos mayores, etc.,⁶⁹ basadas en la atribución de una falta de capacidades cognitivas y/o emocionales.

Esta situación no es considerada, por el grupo dominante de la sociedad, como un comportamiento que violenta los derechos humanos de las personas con discapacidad. Por el contrario, se perpetúan, legitiman y justifican aquellas interferencias en la libertad personal⁷⁰. Un ejemplo muy frecuente, es la institucionalización del internamiento

⁶⁶ KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, trad. de GARCIA. M., Ed, Encuentro opúsculo philishopia, Madrid, 2003.

⁶⁷ DE ASÍS ROIG, R., “Derechos humanos y discapacidad... ob. cit., pp.32-33. “el ideal de dignidad humana va asociado con el modelo de ser humano ilustrado, caracterizado por la posesión de una serie de rasgos asociados a patrones estéticos y éticos. (...) Así, la idea de dignidad humana - en ese contexto- se apoyó en un ser caracterizado por la capacidad y por el desempeño de un determinado papel social. Y ello se trasladó a la concepción de los derechos”.

⁶⁸ ESQUIVEL, J., “*La persona Jurídica*”, en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 34-35. El autor refiere que respecto de la concepción Kantiana de persona que se introdujo en el mundo jurídico: Era la persona como un ente dotado de razón y voluntad libre. Una peculiaridad del concepto de persona, la cual se refleja en los usos jurídicos de la expresión, se advierte, sobre todo, en las propiedades que persistentemente se le adscriben: aptitud o capacidad moral, racionalidad, autonomía o dignidad.

⁶⁹ DWORKIN, G., “Paternalism”, en BETEGON, J., y DE PARAMO, J.R. (eds.). *Derecho y moral*. Ensayos analíticos, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, p.61. El autor sostiene que “los menores de edad, los incapacitados legalmente, las personas con discapacidad psíquica o las personas que padecen ciertas enfermedades o se encuentran en una determinada situación clínica, carecen de ciertas capacidades cognitivas y/o emocionales que limitan su competencia para decidir acerca de que es lo mejor para ellas, o de qué manera proteger mejor sus intereses, y, por tal, motivo, requieren que alguien supla dicha carencia”.

⁷⁰ HENDRIKS, A. y DEGENER, T., “The Evolution of a European Perspective on Disability Legislation”, *European Journal of Health Law*, 1994, p. 346. Los profesores argumentan que el hecho de que las personas con ‘cuerpo-capaz’ tiendan a percibirse ellas mismas como pertenecientes a la norma (o ‘normales’) perpetúa la situación de aquellas personas ‘desventajadas’ que tienen, bajo esta premisa, una ‘capacidad disminuida’ para producir. Paradójicamente y considerando de que las personas con discapacidad son retratadas como ‘personas diferentes’ tienen poco derecho a ser diferentes.

forzoso de la persona con discapacidad por razones de peligrosidad o daño a la sociedad, que ha dado lugar a un tratamiento inhumano que implica una forma de exclusión y estigma social.

La concepción tradicional de dignidad humana aunada a la capacidad de razonar dentro de un cuerpo-mente-capaz, es acogida por el Derecho, en especial el Derecho Civil a través de la institución de la capacidad jurídica. Precisamente, SÁNCHEZ señala que “la capacidad jurídica habla de la aptitud jurídica, de la aptitud legal, de la aptitud para el derecho. Cuando uno tiene capacidad jurídica es apto jurídicamente para algo”⁷¹. La capacidad jurídica ha tenido (y tiene) un enfoque del derecho privado que atañe por un lado la titularidad del derecho (capacidad de goce) y por otro lado el ejercicio de esos derechos (capacidad de ejercicio o capacidad de obrar). Desde la visión tradicional, mientras que la capacidad de goce se reconoce a todas las personas, la capacidad de ejercicio puede restringirse por diferentes razones, entre las que tradicionalmente, se ha incluido la discapacidad y esta restricción se ha vinculado a la teoría de la representación.

Para el Derecho Civil, existe una relación primordial entre la autonomía de la voluntad y la teoría de la representación. Conexión que justifica la realización de actos jurídicos por un tercero en nombre de otro, a quién recaen los efectos jurídicos de los actos del representante. En ello ha incidido HURTADO cuando manifiesta “La autonomía de la voluntad es el elemento primordial del acto jurídico y alrededor de él giran todos los demás. El reconocimiento del valor de la voluntad jurídica constituye la exaltación del valor del individuo, de la personalidad humana”⁷².

Desde estas premisas, en el ámbito del *Ius Privatum* la falta de autonomía de la voluntad justifica una presunción legal de necesidad de representación. Se aplicará el sistema tradicional de representación legal bajo el supuesto de protección de la persona, generalmente personas con discapacidad intelectual y/o mental, menores de edad restringiendo o privando del ejercicio de la capacidad jurídica.

⁷¹ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *La capacidad jurídica. Fundamentos de conocimiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2005.

⁷² Para el derecho privado la autonomía de la voluntad es de tanta importancia que todas las normas tienden a interpretar la voluntad de los participantes o suplir su omisión en los casos o circunstancias no contemplados por el autor o autores del acto. El derecho privado supone, pues, que los particulares tienen voluntad autónoma. Véase. LEON HURTADO, A., *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 44.

Así, mediante un proceso judicial conocido como interdicción civil o incapacitación el juez nombra a un tercero denominado tutor, curador, representante, etc. a quien atribuye la facultad de realizar todos los actos jurídicos en representación y nombre de la persona con discapacidad (muchas veces sin ser escuchado ni oído). Es decir, el tutor, curador, representante, etc.; decide y ejerce derechos sustituyendo a la persona con discapacidad con el objetivo de proteger “su mejor interés”.

En definitiva, según la visión tradicional la participación en el mundo jurídico, al igual que la participación en el discurso moral, depende de la capacidad de la persona⁷³. Sobre la base de estos presupuestos, se restringe o se limita el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y se nombra a un tercero capaz legitimado para adoptar decisiones en su nombre.

El modelo clásico de interdicción o incapacitación y de representación legal, corresponde a la visión del modelo médico rehabilitador de la discapacidad, entendiéndose que son las limitaciones de la persona las que determinan su ineptitud para determinar y expresar de manera libre y racional su voluntad y, por tanto, para actuar por sí mismo en el mundo jurídico. Este modelo muestra además un mayor nivel de protección para el tráfico de bienes del patrimonio de la persona con discapacidad, descuidando los aspectos personales.

En todo caso, el modelo de la sustitución en la toma de decisiones y en el ejercicio de la capacidad jurídica claramente atenta contra los derechos fundamentales de la persona con discapacidad incapacitada. La limitación o privación de la capacidad jurídica genera una serie de restricciones automáticas en el ejercicio de derechos, tales como son: la nulidad de los actos matrimoniales, de los contratos, la prohibición del derecho al voto, el impedimento del derecho de elección de un domicilio, limitaciones al derecho de maternidad o paternidad o se omite al derecho de la salud sexual y reproductiva, restricciones que no sólo abarcan derechos patrimoniales sino incluso derechos

⁷³ DE ASÍS ROIG, R., “Sobre capacidad jurídica” en BARRIFFI, F., y PALACIOS, A., (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, EDIAR, Buenos Aires, 2012, p. 14. “la idea de capacidad es uno de los principales referentes del discurso ético y jurídico, y es utilizada a la hora de definir a los seres humanos. En efecto tanto la idea de sujeto o agente moral, como la de sujeto de Derecho, como la propia Dignidad humana en la que se fundan ambos conceptos, parten de la idea de capacidad”.

personalísimos, es decir, que se niega el derecho a la realización de un proyecto de vida de la persona con discapacidad.

3. Modelo social

3.1. Descripción general: visión y tratamiento de la discapacidad

El modelo social, se distancia de la concepción del origen de la discapacidad de los modelos prescindencia y médico como un rasgo individual. Para el modelo social la discapacidad es originada por un factor social⁷⁴. Dicho de otra manera, la discapacidad es el resultado de la interacción entre la “deficiencia” de la persona con las barreras impuestas por la sociedad.

La discapacidad es, principalmente, una situación en la que se encuentra o puede encontrarse la persona y no un rasgo individual. Se presenta como un conjunto de factores o circunstancias que influyen en la persona (situación), estos factores son primordialmente de carácter social que limitarán o potencializarán a la persona, situación que la enmarca en una categoría social de subordinación respecto de las demás personas (posición)⁷⁵.

El modelo social establece un nuevo enfoque respecto de la visión de la discapacidad. En ello ha incidido DE ASÍS cuando señala que “la filosofía detrás de los cambios normativos acaecidos en los últimos años en materia de discapacidad es la representada por el llamado modelo social de la discapacidad”⁷⁶. El modelo social supone además abordar el discurso de la discapacidad con enfoque de derechos humanos⁷⁷.

⁷⁴ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 16-17. “la discapacidad es, principalmente, una situación en la que se encuentra o puede encontrarse las personas y no un rasgo individual que las caracterice”.

⁷⁵ DE ASÍS ROIG, R., “Derechos humanos y discapacidad... ob. cit., pp. 34 y 35. También, CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre la inclusión... ob. cit., p. 117.

⁷⁶ DE ASÍS ROIG, R., “Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxitos”. *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2011. pp.1-2.

⁷⁷ CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, en *REDUR 10*, 2012, pp. 71-72.

El modelo social surge “a finales de la década de los años sesenta o principios de los setenta del siglo XX⁷⁸, en Estados Unidos⁷⁹ e Inglaterra”⁸⁰. El modelo social, establece un nuevo paradigma en el tratamiento de la discapacidad, porque propugna un concepto integral. El problema no se sitúa en la persona con discapacidad; sino, dentro de un determinado contexto donde la sociedad en su conjunto resulta responsable⁸¹.

La filosofía del modelo social cambia el eje de caracterización del “fenómeno” de la discapacidad. Sobre esa idea ha incidido BROGNA que expresa “El problema de la discapacidad deja de explicarse a partir de la “deficiencia” de la persona, para pasar a hacerlo a partir de las “deficiencias” de la sociedad, que se traducen en barreras discapacitantes”⁸². Por tanto, este modelo realiza distintos cuestionamientos a la concepción de ciertos presupuestos que fundamentan el modelo médico rehabilitador.

El tratamiento de la discapacidad del modelo social no comparte el presupuesto del modelo médico rehabilitador al concebir que la persona con discapacidad sólo podrá ser productiva para los fines de la sociedad; en tanto, la persona se normalice. Referente a esa idea PALACIOS sostiene que “partiendo de la premisa de que toda vida humana es igualmente digna, desde el modelo social se sostiene que lo que puedan aportar a la sociedad las personas con discapacidad se encuentra íntimamente relacionado con la inclusión y la aceptación de la diferencia”⁸³.

⁷⁸ PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., p. 106.

⁷⁹ En donde ha existido una larga tradición en campañas políticas basadas en los derechos civiles, surge a través del Movimiento de Vida independiente, orientado a los derechos de las personas con discapacidad con la esencia de la sociedad americana respecto a: capitalismo de mercado, independencia, libertad política y economía, en el entendido de condenar su estatus como “*ciudadanos de segunda clase*”. Para mayor profundidad consultar GARCÍA ALONSO, J.V., *El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2003. Además, BARRIFFI, F., *El régimen jurídico internacional...* ob. cit., p. 48.

⁸⁰ Las organizaciones de personas con discapacidad realizaron movilizaciones para no ser categorizadas como un grupo vulnerable necesitado de protección con la finalidad que ellos puedan decidir sus necesidades y servicios prioritarios lo que significó cambios en la política social, siendo la prioridad estratégica los sistemas de bienestar patrocinados por el Estado. PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., p. 108.

⁸¹ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos...* ob. cit., p. 16. “la discapacidad tiene, en la mayoría de los casos, un origen social por lo que las medidas destinadas a satisfacer los derechos de las personas con discapacidad deben tener como principal destinataria a la sociedad en general”.

⁸² BROGNA, P., *Visiones y revisiones de la discapacidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012. Así mismo, los defensores de este modelo señalan que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Véase PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., p. 103.

⁸³ *Ibidem*, p. 104.

Es importante para el modelo social el respeto a la diferencia⁸⁴; por ello, cuestiona la idea de normalidad y argumenta que aquella es un mito. En este sentido, este modelo resalta que las personas que no tienen discapacidad cognitiva no siempre toman sus decisiones de manera responsable, pensando en el mejor interés y libremente; sino, que generalmente están condicionadas por un contexto social, económico, influenciadas por terceros, etc.⁸⁵

El imaginario social de la estructura dominante fortalece la idea de que las equivocaciones de las personas “normales”, conforman el proceso de crecimiento de madurez para la realización en la vida. De esta forma, se reconoce una especie de derecho a las equivocaciones o al error de las personas sin discapacidad como parte del aprendizaje de la vida diaria para tomar “mejores decisiones” en el futuro. Derecho que se le niega a la persona con discapacidad.

Asimismo, se cuestiona la idea de autonomía de la persona como un autogobierno, que excluye a las personas que no se encuentran dentro de un estándar de mente – capaz. Precisamente, COURTIS señala que “una política destinada a la inclusión de las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida social debe poner énfasis en la eliminación de prohibiciones legales, estereotipos sociales y barreras físicas y comunicacionales socialmente creadas, que impiden a la persona con discapacidad llevar adelante de la manera más plena su potencial y autonomía en todos esos ámbitos”⁸⁶.

La autonomía, no debe ser considerada como un punto de partida – posición, en la que se fundamenta la teoría estándar de los derechos, sino como un punto de llegada⁸⁷. La concepción de persona con mente – capaz es lo que ha imposibilitado el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad; en vez de propiciar mecanismos para potenciar o alcanzar aquella autonomía. En esta idea ha argumentado DE ASIS “aunque en ciertos casos se encuentre más restringida no significa que deba ser anulada o ignorada, sino todo lo contrario; es en estos casos precisamente donde debe resaltarse el rol del

⁸⁴ BARIFFI, F., *El régimen jurídico internacional...* ob. cit., p. 47. “La inclusión debe estar dada desde la valoración y el respeto de su condición de personas, en ciertos aspectos, “diferentes”. Los defensores del modelo social propugnan la inclusión de la diferencia como parte de la realidad humana”.

⁸⁵ CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre la inclusión...” ob. cit., p. 126.

⁸⁶ COURTIS, C., “Discapacidad e inclusión social...” ob. cit., p.7-14.

⁸⁷ AÑON ROIG, M. J., *Necesidad y derecho. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 267.

Derecho en cuanto a la garantía de desarrollo pleno del grado de autonomía existente, por mínima que sea”⁸⁸.

Bajo los presupuestos del modelo social, la autonomía es un fin. En este sentido se defiende que no existe un ejercicio independiente de autonomía, sino que el ser humano actúa o toma decisiones en base de sus experiencias o la de otros, consejos, familia, pareja, amigos, contexto social, laboral, emocional, etc. Precisamente, ETXEBERRÍA relata “se deberá asumir honesta y empáticamente, en nuestra propia experiencia, esta condición de interdependencia y situar en ella, en toda su complejidad, al conjunto de las personas – con o sin discapacidad-, cada una a su manera”⁸⁹. Por consiguiente, la autonomía es interdependiente y relacional⁹⁰.

De este modo, se cuestiona el paternalismo plasmado en la sobreprotección de las personas con discapacidad porque genera una estructura de dominación, opresión y excluye a grupos sociales en su interrelación con la sociedad y los sitúa en una posición de vulnerabilidad⁹¹. Desde el modelo social, la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad es generada por la existencia de una opresión estructural que establece la presencia de diversos y diferentes grupos sociales que interactúan en sociedad y que se identifican, de acuerdo con YOUNG “con una cierta categoría social, la historia común que genera la categoría social y la auto identificación las que definen al grupo como grupo”⁹², situación que permite visibilizar que prevalece un grupo social dominador sobre un grupo social oprimido en el interactuar social.

En el contexto de una estructura social opresora y de la concepción clásica de sujeto de derecho como mente - capaz, se privilegia a las personas con “habilidades

⁸⁸ DE ASÍS ROIG, R., “Derechos humanos y discapacidad... ob. cit., 16.

⁸⁹ ETXEBERRÍA, X., *La condición de ciudadanía de las personas con discapacidad intelectual*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, p. 36.

⁹⁰ SILVERS, A y FRANCIS, L. P., “Thinking about the good: reconfiguring liberal metaphysics (or not) for people with cognitive disabilities”, en *The Authors Metaphilosophy*, LLC and Blackwell Publishing Ltd., vol. 40, núm. 3-4, 2009. pp.475-498. También destacan esta idea BACH, M. y KERZNER, L., “A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity”, paper prepared for the Lay Commission from Ontario, octubre 2010, p. 39 y ss. Disponible en: <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf> y QUINN, G., “A Short Guide to the United Nations Convention on the Right of Persons with Disabilities”, en QUINN, G., y WADDINGTON, L., (eds.), *European Yearbook of Disability Law*, Intersentia, Antwerp, 2009, pp. 89–114. El autor ha desarrollado ampliamente el concepto de autonomía relacional.

⁹¹ BARRANCO AVILES M.C., *Diversidad de situaciones...* ob. cit., p. 94. “el carácter vulnerable de los seres humanos no depende, o al menos no lo hace totalmente, de las condiciones personales de éstos, sino que la articulación de la sociedad es la que puede convertir en vulnerables a las personas”

⁹² YOUNG, I., *La justicia y la política de la diferencia...* ob. cit., p.79.

cognitivas” cuyos parámetros han sido diseñados y validados por “el grupo dominante” discriminando a quiénes no poseen o se encuentren dentro de los parámetros del estándar cognitivo o de “normalidad”.

En efecto, desde el modelo social se denuncia que esta construcción clásica de los derechos ha privilegiado cierto tipo de capacidades⁹³ y determinadas maneras de razonar, sentir o comunicarse consideradas “estándar”, discriminando a aquéllos que no las poseen plenamente o que las realizan de otro modo. Frente a ello el modelo social afirma que no puede justificarse que unas capacidades valgan más que otras, ni que existan formas correctas de desarrollarlas (no hay una manera correcta de sentir, comunicarse o razonar, sino maneras diversas de hacerlo)⁹⁴.

Otro aspecto que cuestiona el modelo social es lo referente a la falta de capacidad de las personas con discapacidad. Sobre el particular, GÓNZALEZ sostiene que “no tienen disminuida la capacidad, sino que en determinadas ocasiones requieren de asistencia para ejercitar dicha capacidad, la cual debe ser diseñada a la medida de las necesidades de la persona, y de modo que implique la menor restricción a la autonomía y al ejercicio de los derechos”⁹⁵.

3.2. Consecuencias en términos de derechos y capacidad jurídica

El modelo social presenta una revolución respecto de la manera de concebir la discapacidad debido a que dicta un claro lineamiento de empoderamiento para la persona con discapacidad. La posiciona como una persona sujeto titular de derechos, con plena capacidad de goce y ejercicio. Consecuentemente, el efecto final del modelo social será la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la sociedad y la igualdad de derechos. Las limitaciones para participar en la vida social y las restricciones de derechos por motivos de discapacidad se configuran, desde el modelo social, como supuestos de discriminación y vulneración de derechos. De este modo la discapacidad pasa a concebirse como una cuestión de derechos humanos⁹⁶.

⁹³ DHANDA, A., *Advocacy Note on Legal Capacity*, World Network of Users and Survivors of Psychiatry, Odense, 2003-2004, p.1. La autora sostiene que la capacidad jurídica es una construcción social basada en las habilidades cognitivas como estándar normativo. Por tanto, el Derecho, al otorgar primacía a cierta manera de ser o estar en el mundo parece estar fabricando etiquetas de incapacidades.

⁹⁴ DE ASÍS R., R., “Sobre la capacidad jurídica, cit., p.14.

⁹⁵ GONZÁLEZ, A., *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Comisión nacional de Derechos humanos, México, 2010.

⁹⁶ DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos...* ob. cit., p. 16. “el enfoque correcto para abordar la discapacidad desde un punto de vista normativo es el de los derechos humanos”.

Se exige así un cambio social, entendiéndose que la materialización del modelo atañe a las políticas públicas que se mueven en el plano de la igualdad y no discriminación y, dentro de este, en el ámbito de la generalización de los derechos humanos⁹⁷. Ello implica que en términos generales los derechos de las personas con discapacidad son los mismos derechos de las personas sin discapacidad, es decir, de cualquier persona. En ese sentido, el reconocimiento y ejercicio de los Derechos no responde a rasgos individualizadores de las personas con discapacidad, sino que les corresponden Derechos por ser personas. Desde este enfoque el modelo social proclama que la persona con discapacidad no debe tener “derechos especiales” enmarcados en los derechos sociales. Por el contrario, las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que todas las personas, es decir, derechos civiles, políticos, y también sociales y económicos, etc., derechos que deberán ser adaptados a la situación de la persona con discapacidad⁹⁸.

El modelo social cuestiona también el papel que se ha atribuido a la capacidad como puerta de entrada al discurso moral y jurídico.

El modelo social mantiene que toda vida humana independientemente de su diversidad funcional tiene igual valor en dignidad, por ende, debe desterrarse la fundamentación de la agencia moral, como elemento clave de la dignidad, en la posesión de capacidades. De acuerdo con esta idea será necesario reconstruir una definición inclusiva de dignidad que albergue a todos los seres humanos.⁹⁹

El modelo social considera, además, que la capacidad jurídica – y en particular la distinción entre capacidad de goce y de ejercicio - es una construcción social diseñada para excluir a determinados colectivos del mundo del Derecho y de los derechos¹⁰⁰. Asimismo, entiende que resulta una falacia la visión de la capacidad jurídica como un

⁹⁷ DE ASÍS, R., BARIFFI, F. y PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos” en DE LORENZO, R. y PÉREZ, L.C., (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 90. También en DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos...* ob. cit., p.17. “la política normativa en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad debe moverse en el plano de la igualdad y la no discriminación y, dentro de este, en el ámbito de la generalización de los derechos”.

⁹⁸ DE ASÍS ROIG, R., “Derechos humanos y discapacidad...” ob. cit., pp. 34 y 35.

⁹⁹ Algunos trabajos sobre la materia pueden encontrarse en: CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre la inclusión...” ob. cit., pp. 119-128. También, DE ASÍS ROIG, R., “Sobre capacidad jurídica...” ob. cit. DE ASÍS ROIG, R., “La incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder”, en CAMPOY, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 68. DE ASÍS ROIG, R., “Derechos humanos y discapacidad...” ob. cit., pp. 43-44.

¹⁰⁰ CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre la inclusión...” ob. cit., pp. 103-137

concepto absoluto y binario¹⁰¹ que clasifica a la persona como sujeto capaz o sujeto incapaz¹⁰². La capacidad es más bien un concepto relativo¹⁰³. Las personas poseemos diversas capacidades y será de acuerdo con las circunstancias económicas, sociales, personales, sentimentales, patrimoniales, entre otras, que se pueda tener mayor o menor dificultad al momento de pensar en tomar una decisión, cuando se toma la decisión o para establecer las consecuencias de la toma de decisiones. Desde estos presupuestos, la capacidad para tomar decisiones no sólo debe plantearse desde rasgos individuales de la persona, sino que las situaciones para adoptar elecciones se agravan o se condicionan por el entorno, por la posibilidad de acceder a bienes y oportunidades. De este modo, no es la persona la que tiene que adaptarse al estándar de racionalidad exigido para merecer el reconocimiento de capacidad jurídica, sino que es la regulación de la capacidad la que debe adaptarse a la situación de las personas con discapacidad¹⁰⁴.

Para lograr igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad es indispensable la accesibilidad de los bienes, recursos, información, etc. Cuando aquello no alcance para conseguir la igualdad; entonces, debe generarse un sistema de apoyo adaptado a cada persona que implica la intervención de un tercero en la esfera de autonomía¹⁰⁵ de la persona. Ahora bien, esta intervención tiene un sentido distinto que, en el modelo médico rehabilitador, en tanto consiste en asistirle en la toma de decisiones. Precisamente, PALACIOS afirma que “Mientras que el sistema tradicional a la hora de abordar este tema viene siendo un modelo que podría denominarse de

¹⁰¹ QUINN, G., “An ideas paper on Legal Capacity”, paper presented at the Seminar on Legal Capacity, European Foundation Center, Bruselas 4 june 2009, Disponible en: <https://www.inclusionireland.ie/sites/default/files/attach/basic-page/846/anideaspaperbygerardquinnjune2009.pdf>

¹⁰² INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, RED IBEROAMERICANA DE EXPERTOS EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (coord.) Informe elaborado dentro del Programa El Tiempo de los derechos, núm.23, Consolider-Ingenio 2010, en el marco del Proyecto “Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales”. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14183/informe_TD_23.pdf?sequence=1&isAllowed=y (último acceso: 10/02/2018)

¹⁰³ DE ASÍS ROIG, R., “Derechos humanos y discapacidad... ob. cit., p. 14.

¹⁰⁴ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., pp. 35-36.

¹⁰⁵ “(...) en un sistema de apoyo un tercero interviene en la esfera de la autonomía de la persona, y la intervención tendrá características diferentes a la intervención propia del modelo médico”. CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, en *DERECHOS Y LIBERTADES*, núm. 24, 2011, p. 238.

sustitución de la autonomía”¹⁰⁶, el modelo social aboga por un modelo de apoyo en el ejercicio de dicha autonomía.

Consecuentemente, el modelo social entiende que la limitación o restricción de la capacidad jurídica por motivos de discapacidad es un acto discriminatorio que atenta contra los derechos humanos. Frente a la visión tradicional, este modelo aboga por el reconocimiento de la persona con discapacidad como sujeto de derechos con pleno goce y ejercicio de su capacidad jurídica.

Como se ha visto en este Capítulo, el modelo de la prescindencia no considera ni siquiera personas a las personas con discapacidad y no les atribuye en ningún caso capacidad jurídica. Por su parte el modelo médico, sostiene que la persona con discapacidad tiene un problema que radica en “su enfermedad” y es la causa que justifica la negación de la capacidad jurídica. Finalmente, el modelo social defiende que la persona con discapacidad es un sujeto de derecho y con capacidad de goce y ejercicio de derechos; por tanto, con capacidad jurídica. Esta es la perspectiva que se plasma en la regulación que hace la Convención de la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

¹⁰⁶ PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., p. 286. También MINKOWITZ T., “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions” *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006, p.408. La autora destaca como la autonomía es compatible con la toma de decisiones interdependientes y que, de hecho, este es el modo “normal” de toma de decisiones.

CAPÍTULO II

LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

En este capítulo se pretende analizar la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la CDPD. Antes del análisis exhaustivo de este precepto, resulta indispensable conocer algunos de los aspectos claves de este instrumento internacional que ayudan a comprender mejor el sentido y alcance del artículo 12.

1. Algunas dimensiones clave de la Convención internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad¹⁰⁷

Para entender la Convención, y en concreto su artículo 12, se debe tener en cuenta el cambio del rumbo en la mirada de la discapacidad. En efecto, la Convención asume un nuevo tratamiento de la discapacidad que abandona el punto de vista asistencialista de la política del desarrollo para declararlo un tema de derechos humanos. Así se plasma claramente en el propósito de la Convención enunciado en su artículo 1.1

“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.”

En, conexión con el enfoque de derechos, la Convención destierra la visión del modelo médico rehabilitador para acoger el modelo social. Como se ha expresado en el anterior capítulo, el modelo social considera que las causas que dan origen a la discapacidad son preponderantemente sociales¹⁰⁸. En ese contexto, el preámbulo de la CDPD establece:

“(…) e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras

¹⁰⁷ Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada mediante Resolución 61/106 el 13 de diciembre de 2006. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (último acceso: 28/05/2018)

¹⁰⁸ PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., p. 103.

debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La CDPD considera que la discapacidad es un concepto que evoluciona porque no la concibe como un rasgo individual de la persona; sino en un panorama o contexto donde existen barreras sociales. En este sentido, se destaca la importancia que tiene la sociedad como presupuesto primordial en la definición de las situaciones de discapacidad¹⁰⁹, tal y como se establece en su art. 1.2

“(...) Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La CDPD, incluye un discurso con enfoque de derechos considerando que la discapacidad será el resultado de la interacción de las “deficiencias” físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de las personas con las barreras o limitantes que mantienen o crean las sociedades. Por tanto, aquellas barreras son las que impiden la igualdad de condiciones con los demás que mellará en su participación plena y efectiva en la sociedad y, por tanto, conllevará una discriminación. Se aprecia, que existe una relación paralela de obligación imperante que asume el Estado respecto de las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos. Y ello porque la discapacidad no recae solamente en una condición de la persona, sino que el concepto abarca a la sociedad, la cual tiene un llamado de realizar acciones en pro de la eliminación de barreras para que no exista una exclusión de la persona con discapacidad en la vida social.

Si bien el enfoque de derechos y el modelo social se reflejan en todo el articulado de la Convención, esta visión se plasma de manera muy nítida en el artículo 3 que recoge los principios de acuerdo con los cuales la Convención debe ser interpretada, aplicada e

¹⁰⁹ La CDPD no ha recogido el significado de discapacidad de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS) establece en el primer párrafo del Artículo 1º que “*el término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social*”. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), suscrita el 06 de julio de 1999. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html> (último acceso: 10/05/2018)

implementada¹¹⁰. Los ocho principios consagrados en el instrumento internacional precitado pueden reconducirse a dos grandes principios la dignidad y la igualdad¹¹¹

En relación con el primero, la Convención hace descansar la dignidad que proclama como inherente, en la autonomía, la independencia y la libertad para tomar las propias decisiones. La idea de dignidad se predica de todas las personas con discapacidad sin tener que cumplir ningún estándar y, en especial ningún estándar de racionalidad¹¹².

El resto de los incisos pueden reconducirse a la idea de igualdad y no discriminación. La perspectiva de la igualdad y la no discriminación tiene una aplicación transversal a lo largo de toda la Convención, siendo, además reconocida como un derecho en el artículo 5 que prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad. La discriminación por motivos de discapacidad es definida en el artículo 2 como “(...) cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

En todo caso, el modelo de la Convención no sólo exige a los Estados erradicar todo acto de discriminación que la misma sociedad genera y posiciona a las personas con discapacidad como un grupo en situación de vulnerabilidad; sino, que, además es necesario que se adopten las medidas necesarias incluidos mecanismos de adaptación a situaciones concretas que tengan en cuenta la diferencia o diversidad de las personas con discapacidad para posibilitar su participación en la vida social y el efectivo ejercicio de

¹¹⁰ CDPD. Art. 35.- Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

¹¹¹ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., pp. 52-57.

¹¹² PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad...* ob. cit., pp. 275-276.

sus derechos. De este modo, el modelo de igualdad que propugna la Convención no solo reconoce la igualdad formal, sino que abarca la igualdad material¹¹³.

En el contexto de comprender el instrumento internacional, resulta imperioso comentar que la accesibilidad universal, es una idea muy vinculada a la igualdad que adquiere también una importancia esencial en la configuración de la Convención, en tanto estrategia de eliminación de barreras. Se encuentra reconocida en el artículo 9 como derecho y vinculada a la participación en la vida social, la vida independiente y la igualdad de oportunidades. La accesibilidad se logra a través del diseño universal y los ajustes razonables. La convención en su artículo 2 establece la definición estas medidas. Por un lado, el diseño universal “es el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten. Por otro lado, los ajustes razonables “son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Otra de las dimensiones clave de la Convención consiste en la exigencia de igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad contenida en su artículo 12. Ciertamente, esta exigencia – que es consecuencia de la aplicación del modelo social a la discapacidad intelectual o psicosocial¹¹⁴ y que plasma claramente los principios de la Convención antes mencionados- resulta esencial para hacer realidad la consideración de las personas con discapacidad como sujetos de derechos. Al análisis del artículo 12 se dedican los demás apartados del presente Capítulo.

¹¹³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 6, CRPD/C/GC/6. Adoptada el 09/03/2018 en el período de sesiones 14 de febrero a 9 de marzo de 2018, publicado el 26/04/2018. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en (último acceso: 10/05/2018)

¹¹⁴ BARIFFI, F., *El régimen jurídico internacional...* ob. cit., p. 300.

2. Aspectos Generales de la capacidad jurídica a la luz de la Convención internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad

El artículo 12 que lleva por rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley” contiene las principales previsiones de la Convención en materia de capacidad jurídica. En este sentido, el artículo 12 es el gran catalizador del cambio de paradigma que pretende la Convención en tanto la capacidad jurídica es la puerta de acceso al ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones¹¹⁵. En ese sentido, reconoce que todas las personas con discapacidad son sujetos de derechos y por tanto gozan de plena capacidad para su ejercicio. Por ello, el artículo 12, es clave para migrar de la visión de un modelo médico rehabilitador a un modelo social de la discapacidad. Además, como ha señalado CUENCA: “el art. 12 es el resultado de la interacción del principio de igualdad y no discriminación con el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica”¹¹⁶.

La nueva visión respecto al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, resulta ser una evolución respecto de la capacidad jurídica en general que siempre ha sido utilizada para excluir a otras personas, como a las mujeres, los esclavos, minorías raciales, castas inferiores, etc.¹¹⁷. Con el paso del tiempo estas situaciones de discriminación han ido desapareciendo o menguando. Sin embargo, la discapacidad, considerada como un rasgo individual de la persona – propia del modelo médico-, se sigue considerando para la sociedad y las leyes un motivo válido para la negación de la capacidad jurídica, trayendo como consecuencia la eliminación de la igualdad con las demás personas.

Como se ha expresado en el anterior capítulo, la capacidad jurídica es una construcción social que a lo largo de la historia ha servido para excluir del mundo del derecho a diferentes colectivos¹¹⁸. Recordemos, que la concepción clásica de los

¹¹⁵ BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU” en PÉREZ BUENO, L.C., (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 353-390.

¹¹⁶ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., p. 201.

¹¹⁷ ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The Right to Legal Agency: Domination, Disability and the Protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *International Journal of Law in Context*, vol. 13, núm. 1, 2017, pp. 22-38. Las autoras argumentan como esta discriminación a menudo se fundamentaba y se fundamenta en el intelecto supuestamente inferior de los individuos en estos grupos, estableciendo la primacía de la cognición y la racionalidad como características necesarias para otorgar la capacidad jurídica un individuo en particular.

¹¹⁸ DHANDA, A., *Advocacy Note on Legal Capacity...* ob. cit., p.1. La autora señala que históricamente, la capacidad ha sido un atributo que el Derecho ha concedido o denegado a diferentes poblaciones y que la

derechos se basa en la idea de una persona racional, capaz, pensante, generalmente hombre, como sujeto titular de derechos, siendo discriminadas las personas que no encajan en esos parámetros¹¹⁹. El artículo 12 constituye un claro cuestionamiento de esta construcción social.

En efecto, la CDPD supone una revolución en el tratamiento tradicional de la capacidad jurídica, y, exige cambios sustanciales en las legislaciones de los Estados partes. La reforma integral está orientada a lograr la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica, y, por tanto, la igualdad en el ejercicio de los derechos¹²⁰.

Además, el artículo 12 de la CDPD es el primer instrumento jurídico internacional de Derechos Humanos que protege de manera clara y categórica la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. De tal manera que, se identifica el Artículo 12 como una herramienta para proteger la igual capacidad jurídica y restringir las relaciones de dominación¹²¹.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano de vigilancia de la Convención, dedicó su Observación General N° 1¹²² al artículo 12, dada su importancia central y su carácter revolucionario. Esta Observación tiene como objetivo aclarar a los Estados Partes el gran cambio que supone¹²³ la visión del modelo social de la capacidad jurídica.

Se puede decir que la Observación General N° 1 es una hoja de ruta para la reforma de la Ley respecto a la capacidad jurídica¹²⁴ que establece de manera clara que no se

lucha contemplada por las personas con discapacidad ha sido una lucha recorrida por otros grupos excluidos.

¹¹⁹ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., p. 202. “(la CDPD) exige no sólo una modificación de la normativa y las políticas públicas, sino también un replanteamiento de la teoría “estándar” de los derechos construida sobre una idea de individuo caracterizado por sus capacidades”.

¹²⁰ “El artículo 12 era un llamado a la igualdad de las personas con discapacidad”. BARTLETT, P., “Implementing a Paradigm Shift: Implementing the CRPD in the Context of Mental Disability Law” en *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture’s 2013 Thematic Report*, Centre for Human Rights and Humanitarian Law American University Washington College of Law, Washington, 2014, pp. 169–180.

¹²¹ ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The Right to Legal Agency...” ob. cit., p. 22.

¹²² COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1. Adoptada el 11/04/2014 en el período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014, publicado el 19/05/2014, Disponible en:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement> (último acceso: 25/05/2018)

¹²³ ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The General Comment in Article 12 of the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality before the Law”, *International Journal of Human Rights*, vol. 20, núm. 4, 2016, pp. 471–490.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 473-475.

puede denegar el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. Por tanto, según la Observación General N° 1 estas “prácticas deben ser abolidas, con la finalidad que la persona con discapacidad recobre la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”¹²⁵, lo que exige una revisión de todas las leyes existente en el área de la capacidad legal¹²⁶.

El cambio fundamental del artículo 12 supone el paso del modelo de sustitución en la toma de decisiones, propio del abordaje de la capacidad del modelo medico; al modelo de apoyo en la toma de decisiones, propio del abordaje de la discapacidad desde el modelo social. En ello ha puesto énfasis la Observación General N° 1 que señala “el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”¹²⁷. El reemplazo del sistema de sustitución por el sistema de apoyo se impone así porque este último es el único conforme con los Derechos Humanos.

Según la Observación General las características comunes en los sistemas legales de sustitución de la toma de decisiones que violan las normas de Derechos Humanos son: 1) Se despoja a la persona de la capacidad jurídica, 2) Se designa un tercero que toma decisiones en nombre de la persona e incluso la designación puede hacerse en contra de su voluntad, y 3) Las decisiones adoptadas por este tercero designado se suponen están basadas en el “mejores intereses” de la persona con discapacidad¹²⁸.

Por el contrario, el modelo de apoyo en la toma de decisiones se basa en los elementos siguientes: 1) Igual reconocimiento de la capacidad jurídica, 2) Mecanismos de asistencia en la toma de decisiones, y 3) Respeto de la voluntad y las preferencias como pilar de autonomía y de reconocimiento de la persona con discapacidad como sujeto de derecho en su calidad de persona digna.

La Observación General N° 1 señala, además, que la capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con

¹²⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 7.

¹²⁶ DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity... ob. cit., p. 12.

¹²⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 3.

¹²⁸ *Ibidem*, párrafo 27.

discapacidad¹²⁹, siendo la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad¹³⁰.

Como se verá en el siguiente apartado el Comité reafirma que nunca se debe eliminar o restringir la capacidad jurídica por motivo de discapacidad”¹³¹. De este modo, cualquier acción que propugne limitarla o anularla recaerá en discriminación por motivo de discapacidad, prohibida en el artículo 5 y definida en el artículo 2 de la CDPD. Por otro lado, el artículo 12 es de vital relevancia para lograr la igualdad en el ejercicio de todos los derechos, por tanto, la capacidad jurídica deberá irradiar en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con los demás¹³².

Precisamente, el Comité ha incidido que “Los Estados pueden limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, como la quiebra o una condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente”.

De igual modo, el artículo 12 constituye el mayor desafío que plantea la Convención y resulta imperante interpretarlo sistemáticamente teniendo en cuenta otros preceptos de la CDPD dada su vinculación con el disfrute de otros derechos. En este sentido el artículo 12 debe entenderse principalmente en relación con el artículo 1 (definición de la persona con discapacidad), artículo 2 (definición de discriminación por motivo de discapacidad), artículo 3 (principios generales), artículo 5 (no discriminación), artículo 13 (acceso a la justicia), artículo 14 (libertad y seguridad), artículo 15 (protección contra tortura), artículo 16 (protección contra la explotación y malos tratos), artículo 17 (derecho al respeto de la integridad física y mental), artículo 19 (vida independiente e inclusión social), artículo 21 (derecho a la libertad de expresión), artículo 23 (relaciones de familia que incluye el derecho a casarse y fundar una familia), artículo 25 (el derecho

¹²⁹ Ibidem, párrafo 13.

¹³⁰ Ibidem, párrafo 14.

¹³¹ Ibidem, párrafo 9.

¹³² DHANDA, A., “Conversations between the Proponents of the New Paradigm of Legal Capacity.” *International Journal of Law in Context*, vol. 13, núm. 1, 2017, pp. 87–95.

a dar s consentimiento para el tratamiento médico), y artículo 29 (derechos políticos); con la finalidad de garantizar la igualdad del ejercicio de la capacidad jurídica¹³³.

La Observación General N° 1 señala que la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la toma de decisiones afecta a todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Ahora bien, aunque el artículo 12 se proyecta en todas las personas con discapacidad, sin duda, tiene más importancia para las personas con discapacidad cognitiva. En ello han incidido ARSTEIN-KERSLAKE y FLYNN cuando identifican que el artículo 12 constituye la protección y defensa del ejercicio de capacidad jurídica aplicada también a las personas con discapacidad cognitiva¹³⁴.

El artículo 12 contiene diferentes apartados que establecen un conjunto de disposiciones de obligatorio cumplimiento para los Estados Partes. Así, en su apartado 1 reconoce que la persona con discapacidad posee personalidad jurídica, en su apartado 2 establece que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, en su apartado 3 adiciona que los Estados Partes deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, el apartado 4 dispone que los Estados Partes tiene que asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos y garantizar el respeto de la voluntad y preferencias y, finalmente el apartado 5 se refiere al ejercicio de la capacidad jurídica en relación con ciertos actos patrimoniales.

A continuación, se analizará los diferentes apartados del artículo 12 dando cuenta de su sentido y alcance tomando como referencia básica la Observación General N° 1, y prestando mayor atención a los incisos 2) 3) y 4) que es donde se plasman los elementos básicos del modelo de apoyo, tal y como se ha señalado.

¹³³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 31.

¹³⁴ ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The Right to Legal Agency...ob. cit., p. 22.

3. Reconocimiento de la personalidad jurídica

“12. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”

El primer inciso del artículo 12 es el que menos polémica presenta debido a que en su literalidad reconoce que las personas con discapacidad tienen el estatus de personas, cuestión que ya aparece recogida en otros instrumentos de derechos humanos. La personalidad jurídica es la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley y se entiende como requisito previo para gozar y ejercer derechos.¹³⁵

El primer instrumento internacional que se refiere a la personalidad jurídica en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)¹³⁶. Así su artículo 1 señala “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”. Este artículo debe ser interpretado en relación con el artículo 2 “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”¹³⁷. En su artículo 6 específicamente establece el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano. Este reconocimiento que también es acogido, con igual redacción, en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado en 1966¹³⁸.

En relación con el reconocimiento de la personalidad jurídica la Observación General Nº 1 señala que el artículo 12.1 reclama “que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona”¹³⁹. En este sentido BARIFFI

¹³⁵ CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo... ob. cit., p. 65.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 31. “la personalidad jurídica es la «cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica que corresponde al hombre”.

¹³⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 en la sesión plenaria 183. Resolución 217 A (III). Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf (último acceso: 10/05/2018)

¹³⁷ Es en el apartado de “o cualquier otra condición” donde se suele situar a la discapacidad.

¹³⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobada mediante Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (último acceso: 10/03/2018)

¹³⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 11.

señala que: “el reconocimiento al derecho a la personalidad jurídica se ha constituido como una condición previa e ineludible para el goce y ejercicio de todos los derechos individuales”¹⁴⁰. En apoyo a esta idea NOWAK refiere que: “sin este derecho, el individuo podría ser reducido a un mero bien (*legal object*), donde dicho individuo no sería considerado una persona en el sentido jurídico”¹⁴¹. Desde esta premisa, la personalidad jurídica es importante debido que su negación podría suponer el tratar a las personas con discapacidad como un simple objeto, y por ende justificar la privación de todos los derechos incluso el derecho a la vida¹⁴².

Por ese motivo, la interpretación del párrafo 1 del artículo 12 debe estar relacionada con el artículo 10 de la Convención referente al Derecho a la vida “Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. De modo que, el reconocimiento de la titularidad como sujeto con personalidad jurídica de las personas con discapacidad es un imperativo legal internacional.

En palabras de DHANDA “la CDPD reconocía que todas las personas con discapacidad eran a la vez titulares de derechos¹⁴³; entonces cuando el individuo es reconocido como persona jurídica, estamos en el primer elemento de la capacidad jurídica del artículo 12¹⁴⁴.

4. Reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones

“12.2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”

El artículo 12.2 supone una novedad debido que hace referencia explícita al derecho a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, redacción que no se había visto en ningún tratado internacional anterior de Derechos Humanos. Aunque, antes la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

¹⁴⁰ BARIFFI, F., *El régimen jurídico internacional...* ob. cit., p. 250.

¹⁴¹ NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised edition, Kehl am Rhein, N.P. Engel Publisher, 2005, p. 369.

¹⁴² CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., p.206.

¹⁴³ DHANDA, A., “Conversations between ... ob. cit., p. 87.

¹⁴⁴ ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The Right to Legal Agency...” ob. cit., p.26.

(CEDAW)¹⁴⁵ en 1979, en su artículo 15 estableció el derecho a un reconocimiento igualitario entre el varón y la mujer en la titularidad de derechos y capacidad jurídica, no se había pronunciado sobre las personas con discapacidad.

El párrafo 2 del artículo 12 deriva como consecuencia del párrafo 1 del artículo 12, es decir, luego de reafirmar el *status* jurídico de persona y no de objeto de protección, es indispensable que la persona con discapacidad pueda gozar y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás en todos los aspectos de su vida.

En relación con los sujetos protegidos, de quienes se predica la igual capacidad jurídica, el artículo 12 se refiere a todas las personas con discapacidad tal como se desprende del inciso e) del preámbulo *Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*, y teniendo en cuenta la interpretación sistemática del propósito de la CDPD. Esta reflexión es muy importante porque el modelo social contemplado en la Convención cuando construye la discapacidad en el artículo 1, párrafo 2 señala “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales (...)”, bajo ningún concepto excluye las personas con discapacidad mental o intelectual. Situación que contrasta con el enfoque médico rehabilitador del tratamiento de la discapacidad, debido que son estas personas a quienes se les limita o se les impide ejercer la capacidad jurídica, por lo tanto, el goce pleno de sus derechos.

Además, como ya se ha señalado, el artículo 12 supone la aplicación del modelo social, que cambia el enfoque de la limitación personal o el rasgo individual por la barrera social y atribuye a esta última el impedimento del ejercicio de derechos en igualdad de condiciones. Dicho en otras palabras, son las barreras sociales las que limitan o impiden la participación plena y efectiva en igualdad de condiciones a las personas con discapacidad en la sociedad y las que también obstaculizan el ejercicio de la capacidad

¹⁴⁵ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> (último acceso: 10/03/2018)

jurídica. Esta concepción ha significado que el inciso 2 del artículo 12 genere importantes controversias respecto a su interpretación.

Por lo que respecta a la delimitación del concepto de capacidad jurídica empleado en el artículo 12.2 hay que señalar, en primer lugar, que el mismo hace referencia a las dos dimensiones de la capacidad: la capacidad de ser titular de derechos y la capacidad de ejercicio de derechos¹⁴⁶. El concepto de capacidad jurídica usado por el artículo 12 es importante debido que en la actualidad muchas instituciones jurídicas del Derecho Civil se amparan en esta división para poder dar validez a los actos jurídicos. En ese sentido BARRIFFI señala “Esto nos lleva a analizar la dinámica de la relación jurídica que, en prácticamente todos los sistemas jurídicos del mundo, distingue entre una dimensión de titularidad de los derechos, y una dimensión de ejercicio de los mismos”¹⁴⁷. En ese sentido, comprendiendo que la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho, la Observación General N° 1 señala “La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin”¹⁴⁸. Además, el Comité estableció en la misma Observación General que “para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse”¹⁴⁹.

En ese sentido, cuando la CDPD hace referencia a la capacidad jurídica, se deberá reconocer que la persona con discapacidad tiene capacidad de ejercer los derechos de los que es titular, reconocida en algunos países como capacidad de obrar o capacidad de ejercicio. En ello ha incidido CUENCA cuando señala “cabe precisar que el término capacidad jurídica empleado en el art. 12.2 incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercer tales derechos”¹⁵⁰.

Por otro lado, para poder aterrizar el cambio de paradigma respecto de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, es importante distinguir los conceptos de “capacidad jurídica” y de “capacidad

¹⁴⁶ QUINN, G., “A Short Guide to the United Nations Convention ... ob. cit., p. 100.

¹⁴⁷ BARRIFFI, F., *El régimen jurídico internacional...* ob. cit., p. 302.

¹⁴⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 12.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 14.

¹⁵⁰ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., p.208.

mental”. Esta afirmación es defendida por la Observación General N° 1 que expresa “La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos”¹⁵¹.

Referente al concepto de la capacidad jurídica, las autoras FLYNN y ARSTEIN-KERSLAKE establecen que es el derecho a ser reconocido como persona ante la ley y sus decisiones jurídicamente reconocidas¹⁵². Dicho en otras palabras, primero ser sujeto o titular de derechos, que implica contar con el derecho a la protección total de derechos por parte del Estado a través del ordenamiento jurídico; y segundo, tener el derecho de ejercer los mismos, es decir, poder crear, modificar o terminar relaciones legales y tomar decisiones que deben ser legalmente reconocidas por el sistema jurídico y la sociedad¹⁵³.

Por el contrario, la capacidad mental es una combinación de capacidad de elección y comprensión de una persona de las consecuencias de sus acciones¹⁵⁴. Es en base a la evaluación de la capacidad mental que muchos países restringen o niegan la capacidad jurídica. Y esta es, precisamente una de las principales reformas del artículo 12.2 que impulsa la distinción entre capacidad mental y capacidad jurídica. En apoyo a esta idea MINKOWITZ dice que “las diferentes formas en que las personas toman decisiones y los diferentes niveles de capacidad mental no deberían ser utilizados para restringir o limitar la capacidad jurídica”¹⁵⁵.

En resumidas cuentas, la capacidad jurídica además de ser la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y de ejercer esos derechos y obligaciones, es la clave para la participación plena y verdadera en la sociedad. Mientras que la capacidad mental es la aptitud para adoptar decisiones comprendiendo las consecuencias de las acciones. En este proceso es indispensable tener en cuenta, lo cual es acorde con el modelo social, que la toma de decisiones y la comprensión es variada y diferente en cada persona e

¹⁵¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 13.

¹⁵² FLYNN, E., y ARSTEIN-KERSLAKE, A., “The Support Model of Capacity: Fact, Fiction or Fantasy?”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 32, núm. 1, 2014, pp. 124–143.

¹⁵³ También es conocida como capacidad pasiva, la capacidad de ser titular de derecho y capacidad activa a la capacidad de ejercicio - capacidad de obrar. HOFFMAN, I. y KÖNCZEI, G., “Legal Regulations Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civilode”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 33, 2011, pp. 143–172.

¹⁵⁴ DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity... ob. cit., p. 10.

¹⁵⁵ MINKOWITZ, T., “Norms and Implementation of Article 12CRPD”, Center for the Human Rights of Users and Survivors of Psychiatry, Chestertown, 2010, pp.1-8. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037452

involucra distintos factores, entre ellos factores sociales. Precisamente, respecto a la capacidad mental la Observación General señala que “se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”¹⁵⁶.

Esta confusión de considerar a la capacidad mental como símil de la capacidad jurídica ha perjudicado a las personas con discapacidad que ven restringida o eliminado este derecho. En ese sentido comentan DE BHAILÍS y FLYNN que “esto afecta desproporcionadamente a las personas con discapacidades intelectuales o psicosociales debido a que la capacidad jurídica a menudo se evalúa en función de un nivel de capacidad cognitiva y de comprensión de las consecuencias conocidas como capacidad mental”¹⁵⁷.

Precisamente, como ya se señaló precedentemente, respecto de la capacidad jurídica como construcción social, el Comité en la Observación General N° 1 señala que a largo de la historia se ha negado de manera discriminatoria el derecho a la capacidad jurídica a las personas con discapacidad¹⁵⁸. Además, la capacidad jurídica es inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás¹⁵⁹.

Respecto de los modelos de atribución de incapacidad, DHANDA¹⁶⁰ señala que tradicionalmente existen tres modelos o métodos que son: el modelo de atribución de incapacidad por estatus, el modelo de atribución de incapacidad por resultados y el modelo funcional.

El modelo de atribución de incapacidad por estatus ignora las habilidades reales en la toma de decisiones de una persona, debido que la incapacidad se presume a partir de un diagnóstico médico de un individuo como una persona con una discapacidad¹⁶¹, es decir, el sólo diagnóstico es suficiente para negarle a un individuo el derecho a ser visto

¹⁵⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 13.

¹⁵⁷ DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity... ob. cit., pp. 6–21.

¹⁵⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 8.

¹⁵⁹ Ídem.

¹⁶⁰ DHANDA, A., “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar of the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 2, vol. 34, 2007, pp. 429–462.

¹⁶¹ FLYNN, E. y ARSTEIN-KERSLAKE, A., “Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity”, *International Journal of Law in Context*, vol. 10, núm. 1, 2014, pp. 81–104.

como persona ante la ley. Por ello, se señala que la denegación de capacidad jurídica que cambia la vida de la persona con discapacidad se basa únicamente en su condición de persona con discapacidad y se fundamenta en estereotipos.

En cambio, el modelo de atribución de incapacidad por resultado implica una evaluación de las decisiones tomadas por la persona con discapacidad para determinar si las mismas fueron "buenas" o "correctas"; en ese sentido, este método de atribución de incapacidad demanda un nivel más alto en la toma de decisiones de la persona con discapacidad que de los demás. Precisamente, DHANDA explica el caso de una persona en tratamiento psiquiátrico. Si el individuo solicita interrumpir su tratamiento, se cuestiona su capacidad legal, aunque inicialmente no estaba en cuestión su capacidad para consentir el tratamiento¹⁶². Al final este modelo se reconduce también al modelo de atribución de incapacidad por estatus, dado que la decisión se juzga perjudicial en sus resultados porque la persona tiene diagnosticada una discapacidad.

En ese contexto, surge el modelo funcional de atribución de "incapacidad" mediante el cual se evalúa si la persona con discapacidad entiende la decisión concreta y todas las consecuencias razonablemente previsibles de la decisión tomada. Con lo cual, se exige que la persona pueda comprender y comunicar su decisión a los demás. Lo cierto es, que los detractores de este modelo argumentan que es un modelo discriminatorio porque esta forma de demanda rigurosa no se solicitaría sino fuera por el diagnóstico o estado de la persona con discapacidad¹⁶³. Por tanto, este modelo se reconduce nuevamente al modelo de atribución por estatus. En ese contexto, DE BHAILÍS y FLYNN argumentan que cualquier prueba equivale a discriminación cuando afecta desproporcionadamente a las personas con discapacidades cognitivas¹⁶⁴.

Estos métodos de atribución de incapacidad¹⁶⁵ se encuentran tan impregnados en la sociedad que el Comité se pronunció acerca de ellos denominándolos como: 1) Criterio basado en la condición o el estatus, simplemente en función del diagnóstico de una

¹⁶² DHANDA, A., "Legal Capacity in the Disability... ob. cit., p. 435.

¹⁶³ MINKOWITZ, T., "CRPD Article 12 and the Alternative to Functional Capacity: Preliminary Thoughts Towards Transformation", published on academia.edu, 2013, pp. 1-17. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2371939

¹⁶⁴ DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., "Recognising Legal Capacity... ob. cit., p. 11.

¹⁶⁵ Muchas autoras consideran que los tres modelos de atribución de incapacidad son discriminatorios, entre ellas DHANDA y MINKOWITZ. DHANDA, A., "Legal Capacity in the Disability... ob. cit., p. 453. MINKOWITZ, T., "CRPD Advocacy by the World Network of Users and Survivors of Psychiatry: The Emergence of a User/Survivor Perspective in Human Rights", Center for the Human Rights of Users and Survivors of Psychiatry, 2012. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2326668>

deficiencia; 2) Criterio basado en los resultados, cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas; y, 3) Criterio funcional, cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente¹⁶⁶. Muchos países siguen utilizando el modelo funcional pensando que con ello se supera el modelo de atribución por estatus¹⁶⁷.

Sin embargo, el Comité realizó una crítica fuerte al modelo funcional por dos motivos: la aplicación del método sólo va dirigida a las personas con discapacidad, convirtiéndose en una discriminación; así como, presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana, y cuando la persona no supera la evaluación, se le niega la capacidad jurídica. Precisamente la Observación General N° 1 señala que “En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio”¹⁶⁸. En ese sentido, se puede decir que el modelo de la Convención es un instrumento postfuncional¹⁶⁹.

Estos modelos de atribución de “incapacidad” pertenecen a estructuras sociales que no aceptan diferentes métodos de funcionamiento cognitivo, diferentes formas de comunicación. Por consiguiente, excluyen lo “diferente” dejando de lado que lo diferente es propio de la diversidad humana. En estas estructuras se fomentan barreras sociales, de modo tal que las personas con discapacidad dependan de otros para el goce y ejercicio de sus derechos. En este sentido, como señalan ARSTEIN-KERSLAKE y FLYNN “donde

¹⁶⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 15.

¹⁶⁷ Como ejemplos de la atribución de incapacidad funcional podemos citar la Ley de Capacidad Mental de 2005 de Inglaterra y Gales; además, la Ley de Atención de Salud Mental de Sudáfrica, apartado 32 que hace referencia al cuidado, tratamiento y rehabilitación de usuarios de servicios de salud mental sin consentimiento

¹⁶⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 15.

¹⁶⁹ QUINN, G., “From civil death to civil life perspectives on supported decision-making for persons with disabilities”, paper presented at the Tbilisi State University Georgia, 20 december, 2015. Disponible en: <https://www.nuigalway.ie/media/centrefordisabilitylawandpolicy/files/archive/Tbilisi-State-University-Talk-GQfinal-Dec-2015.pdf>

existe dependencia, también existe el riesgo de dominación, por tanto, en una relación de dominación, la toma de decisiones de un individuo queda aún más marginada”¹⁷⁰.

En consecuencia, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, además de convertir a la persona en actor del ejercicio de derechos, sirve como límite al poder de una estructura social conformada por personas sin discapacidad como grupo dominante. Así las cosas, es indispensable reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida con el objetivo de poner fin a la negación discriminatoria de la toma de decisiones¹⁷¹. Para ello será indispensable - como después se explicará- que los Estados partes brinden acceso a los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Desde la aprobación de la Convención, ha existido un debate teórico respecto del alcance¹⁷² del párrafo 2 del artículo 12, cuando señala la igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica, discutiéndose si implica un reconocimiento absoluto, en todos los casos y sin excepciones; o si, por otro lado, estamos frente a un reconocimiento en principio general pero que admite excepciones¹⁷³.

En el primer supuesto, la tesis del reconocimiento absoluto de la capacidad, se sostiene en: 1) El modelo de social de la Convención supone el reconocimiento de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, por tanto, su consideración como sujetos de derechos y con derecho al ejercicio de la capacidad jurídica; 2) Esta interpretación de reconocimiento absoluto se encontraría sostenida por el propósito y los principios del instrumento internacional; y, 3) La creación de un sistema de apoyos en la toma de decisiones para la intervención de un tercero que asiste en el ejercicio de la capacidad jurídica; dicho de otra manera, de existir la asistencia necesaria la persona con discapacidad ejerce su capacidad jurídica sin necesidad de sustitución en la toma de decisiones. Esto último es la principal crítica que se realiza a esta interpretación, debido que no siempre “todas” las personas con discapacidad así existan los apoyos necesarios

¹⁷⁰ ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The Right to Legal Agency...ob. cit., p.22.

¹⁷¹ KAYESS, R. y FRENCH, P., “Out of Darkness in to Light... ob. cit., pp. 4 -6.

¹⁷² BARIFFI, F., *El régimen jurídico internacional...* ob. cit., p. 312.

¹⁷³ DHANDA señala que los críticos al igual reconocimiento de la capacidad jurídica piensan que como el texto del artículo 12 no prohíbe la sustitución, entonces esa redacción podría ser usada para justificar la existencia del modelo de sustitución. DHANDA, A., “Legal Capacity in the Disability... ob. cit., p. 458.

podrán ejercer su capacidad jurídica. Esta crítica se abordará de forma más detallada en el apartado 3.8 sobre los llamados los casos difíciles.

En el segundo supuesto, la consideración de que la igualdad en la capacidad jurídica es un principio general pero que admite excepciones se fundamenta en 1) La literalidad del artículo 12, en tanto no existe una prohibición expresa del modelo de sustitución en la toma de decisiones; 2) Debido a las distintas situaciones de las personas con discapacidades se señala que, en ciertas y específicas circunstancias deberían existir mecanismos de sustitución en la toma de decisiones 3) El artículo 12 vinculado al artículo 5 de igualdad y no discriminación supone una garantía de tratamiento en igualdad de condiciones para el ejercicio de la capacidad jurídica, pero no el reconocimiento absoluto de ejercicio de la capacidad jurídica para todas las personas y en todas las circunstancias. Como se puede apreciar, este modo de interpretación establece como excepción, el modelo de sustitución en la toma de decisiones. Sin embargo, se corre el riesgo que la excepción termine siendo la regla.

Cierto es que existe una prohibición de atribución de incapacidad por discapacidad que contiene el artículo 12.2, por lo tanto, no se puede privar o limitar el ejercicio de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad. En definitiva, resulta importante el impacto de este artículo en las legislaciones internas de los Estados Partes, debido que en sus ordenamientos nacionales contemplan la “deficiencia, como rasgo individual de la persona” como causales de privación del ejercicio de la capacidad jurídica.

La Convención recoge esta prohibición porque reconoce que la sociedad ha discriminado sistemáticamente y a lo largo de la historia a la persona con discapacidad, y en especial, en lo que respecta al ejercicio de la capacidad jurídica a través de la sustitución en la toma de decisiones creando procedimientos legales para la limitación o restricción de sus derechos como la tutela, curatela, interdicción civil, internamiento forzoso de las personas con discapacidad mental o intelectual, etc.

Por consiguiente, no se permitirá como justificante para negar la capacidad jurídica los presupuestos de los “déficits” en la capacidad mental, sean supuestos o reales. Sobre el particular, el Comité expresa que el "desequilibrio mental" y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad

jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar)¹⁷⁴. Además, se debe recordar que el presupuesto de la capacidad jurídica universal se plasma en el rechazo al método de atribución de incapacidad funcional como exigencia de la Convención.

En el debate del reconocimiento absoluto o con excepciones de la capacidad jurídica del párrafo 2 del artículo 12 la Observación General se decanta por una posición firme respecto de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad, con los demás. Establece que los Estados partes no pueden privar a las personas con discapacidad de su capacidad jurídica y, además, que deben evitar que agentes estatales y particulares interfieran en el ejercicio de tal capacidad¹⁷⁵. Por tanto, el artículo 12 implica abstenerse de cualquier actuación que limite o deniegue el derecho de las personas con todo tipo de discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley.

El párrafo 2 del artículo 12 exige la igualdad en la capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida”, lo que implica que la persona con discapacidad tiene el poder de ejercer sus derechos en cualquier ámbito que atañe a su libre desarrollo de la personalidad en ámbitos civiles, políticos, patrimoniales, etc. En relación con esta previsión, una discusión interesante radica en establecer hasta dónde abarca la protección del artículo 12. En este sentido se afirma que el artículo 12 protege la toma de decisiones que tiene que ver con la realización de actos o derechos que implican el ejercicio de la capacidad jurídica (firma de contratos, el votar en elecciones, contraer matrimonio, etc.)¹⁷⁶ y que, por el contrario, su protección no abarcaría la toma de decisiones que no se relaciona con el ejercicio de la capacidad (por ejemplo, las actuaciones de la vida cotidiana)¹⁷⁷.

Sin embargo, las autoras ARSTEIN-KERSLAKE y FLYNN proponen que algunos casos que se desarrollan en centros institucionales que impiden la toma de decisiones de la vida diaria, como: la elección de la comida, programación de actividades, etc., pueden generar el ejercicio de la capacidad jurídica para acudir al sistema judicial para defender aquellas decisiones¹⁷⁸. Respecto al planteamiento de las autoras, DHANDA señala que “la conexión entre las elecciones de la gran vida y las libertades cotidianas

¹⁷⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 13.

¹⁷⁵ *Ibidem*, párrafo 24.

¹⁷⁶ Respeto de este planteamiento MCSHERRY realiza un estudio pormenorizado. MCSHERRY, B., “Legal Capacity Under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Journal of Law and Medicine*, vol. 20, 2012, pp. 22–27.

¹⁷⁷ ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The Right to Legal Agency...ob. cit., p. 24.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 25.

demuestra cómo la ausencia de capacidad legal priva a las personas con discapacidad de la agencia de proceder sin restricciones en sus actividades cotidianas”¹⁷⁹. Además, cierto es que la privación de la capacidad jurídica imposibilita y, por tanto, reprime que las personas con discapacidad ejerzan las libertades de la vida cotidiana¹⁸⁰; porque, uno aprende a tomar decisiones y comunicar preferencias con las elecciones en el día a día, con la rutina de la vida.

Sobre el planteamiento acotado, MINKOWITZ señala “es valioso que las autoras contemplen actos de resistencia¹⁸¹ de las personas con discapacidad contra los centros institucionales que ejercen dominio sobre las personas en asuntos de la vida cotidiana”¹⁸². Sin embargo, referente a la postura de ARSTEIN-KERSLAKE y FLYNN de que el impedimento en la toma de decisiones de actos de la vida diarias genera el ejercicio de capacidad jurídica a través del recurso al sistema judicial MINKOWITZ señala que ello supondría que “la protección de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, se equipararía con el acceso a la justicia, comprendida en el artículo 13 de la CDPD, y por tanto el derecho a la capacidad surgiría cuando el sistema legal se compromete a protegerlos”¹⁸³. En ese contexto, MINKOWITZ profundiza el debate de la esencia de la capacidad jurídica, como un derecho a ejercer la autonomía personal que se canaliza a través de su reconocimiento en los sistemas legales que rigen las interacciones privadas; así como, las relaciones del individuo con el Estado¹⁸⁴. Este derecho involucra que todas las personas poseen capacidad jurídica, con la potencialidad de expresar sus intenciones para ejercerla, independientemente de lo compleja que sea la discapacidad.

En mi opinión, resulta interesante establecer una conexión entre los actos de la vida diaria y el ejercicio de la capacidad jurídica; sin embargo, prima facie sería importante considerar que los actos de la vida diaria tendrían más relación con el artículo 19 que regula el derecho a la vida independiente.

¹⁷⁹ DHANDA, A., “Conversations between ... ob. cit., p. 92.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 91.

¹⁸¹ Negarse a comer, poner resistencia en el cuerpo cuando quita la ropa para darles un baño, etc.

¹⁸² MINKOWITZ, T., “CRPD and Transformative Equality.” *International Journal of Law in Context*, vol. 13, núm. 1, 2017, pp.77–86

¹⁸³ *Ibidem*, p. 79.

¹⁸⁴ *Ídem*.

Además, entender que el ejercicio de la capacidad jurídica se desprende luego acciones jurisdiccionales implicaría equiparar la capacidad jurídica como un acto de eliminación de la discriminación que se canaliza con el acceso a los tribunales, y no como un derecho sustantivo.

Desde todo lo acotado, la Convención, como instrumento internacional vinculante realiza un serio cuestionamiento a los ordenamientos jurídicos que regulan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde un enfoque médico rehabilitador. Desde este enfoque el déficit de capacidad mental entendido como un “rasgo individual de la persona” es causa suficiente para limitarle o impedirle el goce y ejercicio de los derechos. Sin embargo, la Convención plantea la capacidad jurídica como una cuestión de Derechos Humanos reconociendo que las personas con discapacidad sin excepción tienen derecho a su ejercicio, es decir, el derecho a tomar sus propias decisiones. Por lo cual, al amparo de la concepción de discapacidad del modelo social se pregonan la “capacidad jurídica universal”¹⁸⁵.

De la Observación General del Comité se desprende, como ya se apuntó, que la denegación o limitación de la capacidad jurídica por motivos de discapacidad es discriminatoria. Esta afirmación, relaciona la interpretación del artículo 12.2 con el artículo 5 en el que se prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad; por consiguiente, la discapacidad no puede ser una razón para limitar o anular la capacidad jurídica.

Para la Convención, la discriminación de las personas con discapacidad gira en torno a las barreras que limitan o impiden el reconocimiento, goce y ejercicios de todos los Derechos Humanos, en igualdad de condiciones que los demás. En ese sentido, claramente la restricción de la capacidad jurídica tal y como ha venido operando en relación con las personas con discapacidad, bajo la visión del modelo médico rehabilitador, es una discriminación por motivos de discapacidad. Por esta razón, los Estados Partes deben diseñar e implementar políticas públicas con el objetivo que la persona con discapacidad ejerza su derecho a la capacidad jurídica.

¹⁸⁵ INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE, “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD”, 2010. Disponible en: <http://www.internationaldisabilityalliance.org/es/node/212> (último acceso: 09/03/2018)

5. Sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica

“12. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.”

La negación o limitación de la capacidad de las personas con discapacidad ha ido acompañada tradicionalmente, y bajo el discurso proteccionista, del establecimiento de la figura de la representación legal por un tercero que les sustituye en la toma de sus decisiones.

Frente a esta respuesta la Convención aboga por el establecimiento de un modelo de apoyo en la toma de decisiones como complemento esencial del reconocimiento de la igual capacidad jurídica. En esto hace hincapié la Observación General N°1 “Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos”¹⁸⁶. En ese contexto, el apoyo supone reconocer la interdependencia en la toma de decisiones.

Esta revolución de la mirada del modelo social respecto de la capacidad jurídica significará que los Estado Partes, deberán establecer un sistema de apoyo para la materialización del ejercicio de la toma de decisiones. Es decir, las personas con discapacidad necesitan apoyos para tomar sus propias decisiones y conseguir la igualdad en la capacidad jurídica. Tal como señala la Observación General N° 1 “En el artículo 12, párrafo 3, se reconoce que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica”¹⁸⁷. De lo contrario, el simple reconocimiento de la capacidad jurídica sin los apoyos correspondientes agravaría la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad.

Para hacer realidad el artículo 12 es imprescindible el sistema de apoyo para la toma de decisiones. Se requiere el apoyo no como una condición previa para un reclamo de capacidad jurídica, sino como un medio para facilitar el ejercicio y disfrute de la

¹⁸⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 16.

¹⁸⁷ Ídem.

capacidad jurídica¹⁸⁸. El apoyo implica el reconocimiento del derecho de las personas con discapacidad de usar herramientas externas para garantizar el goce y disfrute de derechos en igualdad de oportunidades con los demás.

Es un imperativo legal de ineludible cumplimiento la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan tener el acceso al apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica. La Convención reconoce que el término apoyo es muy genérico y amplio por lo que pareciera que deja la configuración del sistema de apoyo a la libre discrecionalidad de los ordenamientos jurídicos internos. Posiblemente, tal generalidad recaiga en tres factores: por un lado, la dotación de los recursos económicos de los Estados Partes que supone la implementación de un sistema de apoyo; por otro lado, al momento de redacción de la CDPD no existían modelos claros y consensuados de referencia a lo que se podía considerar como apoyo; debido que se parte de la premisa de la existencia de la diversidad humana y la diversidad de situaciones propias de las barreras sociales que enfrenta una persona con discapacidad, por lo cual, cada caso debe ser examinado de manera independiente e interdisciplinaria; y finalmente, se relaciona también con las peculiaridades de cada Estado, dejando abierto el modelo para que se adapte a la cultura jurídica de cada país.

Así como la diversidad humana es amplia, el listado de apoyos en un sistema de asistencia para la toma de decisiones no debe ser restringido sino amplio y caso por caso con la finalidad de no perjudicar o excluir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En consecuencia, los apoyos no solo dependerán de los rasgos individuales, sino también de los factores sociales que rodean a la persona que necesita los apoyos, las redes con las que cuenta, las barreras sociales que le dificultan el pleno desenvolvimiento, etc.

En ese contexto, la Observación General N° 1 contempla una conceptualización abierta del sistema de apoyo para ejercer la capacidad jurídica, debido que reconoce que se trata de un ámbito amplio del derecho, pero con la premisa del deber de respetar los

¹⁸⁸ MINKOWITZ, T., “CRPD and Transformative Equality... ob. cit., p. 79.

derechos y la voluntad y preferencias de los individuos¹⁸⁹ y con la finalidad de no promover una toma de decisiones sustituida.

En consecuencia, no se parte de la premisa concebida del modelo médico rehabilitador de la “deficiencia de la persona” como rasgo individual para justificar la limitación de la capacidad jurídica, sino que se analizan las dificultades que tiene la persona para la toma de decisiones con la finalidad de determinar los apoyos que necesita y superar las dificultades o barreras sociales, debido a que el modelo social no limita o restringe la autonomía. Por el contrario, busca potenciar o maximizar esa autonomía de la persona con discapacidad.¹⁹⁰

El párrafo 3 del artículo 12 exige a los Estados Partes que se proporcione los “apoyos que puedan necesitar” las personas con discapacidad, para tal cumplimiento se debe tener en consideración el inciso j) del preámbulo de la CDPD, *Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso*. Es decir, el modelo de apoyo tiene como objetivo asegurar que sea siempre la persona con discapacidad quien decida, para la materialización del ejercicio de la capacidad jurídica universal. Así, el Comité en la Observación General N° 1 establece que los tipos de apoyo requeridos diferirán en función de las necesidades de la persona¹⁹¹.

El Comité en la Observación General N° 1, señala también que será la persona con discapacidad, quién determine o establezca los apoyos que pueda necesitar, es más, si la persona no desea apoyos no pueden imponérsele contra su voluntad y se establece una especie de “derecho a rechazar los apoyos”¹⁹². En todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones¹⁹³.

Cuando el párrafo 3 del artículo 12 establece que son necesarios los “apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica”¹⁹⁴, atañe a que cualquier persona con discapacidad

¹⁸⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 17.

¹⁹⁰ CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo... ob. cit., pp. 61-94.

¹⁹¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 16.

¹⁹² *Ibidem*, párrafo 17.

¹⁹³ *Ibidem*, párrafo 18.

¹⁹⁴ BARRIFFI, F., *El régimen jurídico internacional...* ob. cit., p. 371.

independiente de la “diversidad” cuando lo requiera o cuando la situación lo amerite deberá tener acceso al sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás¹⁹⁵.

Por esta razón, es indispensable que el Estado adopte todos los mecanismos necesarios para garantizar la accesibilidad de los recursos, bienes y servicios para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en todos los aspectos de su vida de manera autónoma, libre, informada, etc. El ejercicio de la capacidad jurídica no debe limitarse a la toma eficaz de decisiones, sino a los actos preparativos previos de la formación para la toma de decisiones, a las manifestaciones de los deseos y preferencias; así como, las consecuencias del ejercicio de la toma de decisiones.

La noción de “apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica” se conecta indefectiblemente con las nociones de accesibilidad universal y ajustes razonables¹⁹⁶. La CDPD sigue causando revuelo al enfocar la temática de la discapacidad, porque toma distancia de aquel modelo médico rehabilitador que presenta la sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica por un tercero, protegiendo “la seguridad jurídica” de la sociedad; y adopta los fundamentos del modelo social, que impulsa el modelo de apoyos para proteger el ejercicio de la capacidad jurídica como materialización de los derechos la persona con discapacidad para el alcance de su autonomía y dignidad como persona humana.

El Comité usa una noción amplia de apoyo en la que incluye el uso de métodos de comunicación no tradicionales para permitir que las personas expresen sus deseos y preferencias; el derecho de planificar anticipadamente mediante poderes preventivos o instrucciones previas con la finalidad de tener la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad con los demás¹⁹⁷, o lo que podemos considerar como el apoyo en sentido estricto, esto es, la asistencia de una tercera persona en la toma de decisiones. Asimismo, el sistema de apoyos no debe limitarse sólo al ámbito patrimonial, sino que debe proyectarse en todas las esferas de actuación de la persona en general, con el fin de

¹⁹⁵ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., p. 210. “Se debe analizar la situación de la persona y las dificultades sociales, ambientales, etc. con las que se encuentra a la hora de tomar sus diferentes decisiones”.

¹⁹⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 17.

¹⁹⁷ Ídem.

promover y potenciar la autonomía y las posibilidades de ejercicio de los derechos humanos.

De manera clara se puede determinar que los apoyos no significan sustitución en la toma de decisiones, no es decidir en nombre de la persona; sino, es decidir con y para la persona¹⁹⁸. En ello ha incidido la Observación General N° 1 cuando determina que “El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas”¹⁹⁹.

Aunque la Convención, como ya se apuntó, no establece, concretamente, modelos de apoyo el Comité ha señalado en su Observación General N° 1, que estos pueden ser formales o informales²⁰⁰, que no deberán regular en exceso la vida de las personas con discapacidad y ha indicado ciertas características que deberán cumplir²⁰¹:

a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos. El grado de apoyo que necesite una persona, especialmente cuando es elevado, no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, es decir, el sistema de apoyo debe ser abierto e inclusivo, debido a que el modelo social tiene en mira la inclusión de la persona con discapacidad en la sociedad.

En ese sentido el sistema de apoyo es el camino de soporte para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, y por ende el goce de sus derechos. En mi opinión, el sistema de apoyo no solo debería estar disponible para todas las personas con discapacidad, sino para todas las personas que puedan tener dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica.

A lo largo de la investigación, se ha analizado que es un mito la construcción de la persona como ser cien por cien independiente, autónomo y racional. Por lo tanto, se defiende que el sistema de apoyo debe ser abierto, no sólo por la infinidad de clasificaciones de apoyos que pudieran existir - y en ese aspecto la ciencia y la tecnología

¹⁹⁸ CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica...ob. cit., pp. 238-239.

¹⁹⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 17.

²⁰⁰ FLYNN, E. y ARSTEIN-KERSLAKE, A., “Legislating Personhood... ob. cit., pp. 91 y ss.

²⁰¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 29. Algunas de estas características son enunciados en BARRIFFI, F., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar... ob. cit., 383 y ss. Complementándose también, con CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales*...ob. cit., p. 212.

tienen un gran papel - sino también, que debería ser para todas las personas, en los casos “que se requiera o se necesite”, es decir, un sistema de apoyos universal e inclusivo que permita canalizar el goce y ejercicio de la capacidad jurídica universal.

Entendiendo que la vulnerabilidad es parte de la condición humana y habrá momentos que la persona en general se encuentre en un estado de vulneración intelectual, sentimental, social, etc., y entonces el sistema de apoyos facilitará el ejercicio de la capacidad jurídica.

Este es uno de los pilares del sistema de apoyo, cuando cuestiona la plena y total autonomía e independencia de la persona humana, debido a que en algunas circunstancias de la vida todos y todas necesitamos de “apoyos” para la toma de decisiones y /o ejercicio de capacidad jurídica, ejemplo sería el caso de la lectura de los diagnósticos médicos, la lectura de las sentencias judiciales, los estados de cuentas financieros, etc. Por tanto, cualquier persona como menores de edad, víctimas de violencia de género, etc., en un momento determinado y de manera puntual podrían formalizar la asistencia de un apoyo.

b) El sistema de apoyo tiene que ser diverso, individualizado y adaptado a la persona centrándose en su “situación”, es decir, debe configurarse como “un traje a medida para cada persona” ²⁰². En ese sentido, la Observación General N° 1 contempla “El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad” ²⁰³. Y ello de conformidad con el principio general establecido en el inciso d) del artículo 3 de la CDPD, “el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”.

Se define que el sistema de apoyo debe ser diverso, debido a la existencia de diversas deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales y distintas situaciones que atraviesa la persona con discapacidad, por lo que se deberá “adecuar o adaptar” diferentes tipos de “apoyos” sobre la base de las necesidades de la persona, del tipo de acto a realizar y de su contexto social con la intención de eliminar las barreras.

c) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona,

²⁰² BARRIFFI, F., *El régimen jurídico internacional...* ob. cit., p. 391.

²⁰³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 18.

no en lo que se suponga es “su interés superior”. En otras palabras, se plantea que para la elección de los “apoyos” es importante respetar los deseos, preferencias y voluntad de la persona, siendo aquella quién debe ser considerada para la elección de la propia figura de su apoyo.

d) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas.

e) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible, inclusive se debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida.

Dada la tradición formalista del Derecho Civil que prima la seguridad jurídica y la protección de terceros de buena fe; seguramente un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica requerirá de actos solemnes, registrales con el principio de publicidad, la figura de algún órgano competente como el juez o notario, etc. Por lo que, la Observación General N° 1 solicita “formalidad”; sin embargo, debería reconocerse la existencia de apoyos informales que tiene toda persona como son los padres, los amigos, la pareja, etc., y cuando sea necesario apoyos más intensos recién hablaríamos de la formalidad de los apoyos.

f) A fin de cumplir con el párrafo 3 del artículo 12, los Estados Partes adoptarán medidas para que el acceso al apoyo necesario sea a un costo simbólico o gratuitamente. La falta de recursos financieros no debe significar un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica porque el sistema de apoyos está presidido por los derechos, implica entonces, tener como lineamiento rector potenciar y favorecer al máximo el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad.

g) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el

derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas, tratamiento médico y el derecho a la libertad. Por el contrario, el sistema de apoyo debe servir para que las personas con discapacidad puedan ejercer estos derechos.

h) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento. Precisamente, la Observación General N° 1 señala “Algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2, de la Convención, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3”²⁰⁴.

i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo.

j) Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona. De estas salvaguardas se ocupa con detalle el siguiente apartado.

6. Las salvaguardias en el ejercicio de la capacidad jurídica. Especial referencia al respeto de la voluntad y preferencias

“12. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias

²⁰⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 19.

serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”

El párrafo 4, del artículo 12 exige a los Estados Partes que establezcan salvaguardias apropiadas en relación con las medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica. Hay una discusión acerca de si estas salvaguardias permiten la introducción de medidas en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica²⁰⁵ propias del sistema de sustitución. En este apartado y de acuerdo con la interpretación del artículo 12.2 y 12.3 asumidas anteriormente, se defenderá aquella interpretación que considera que las salvaguardias son medidas para garantizar el buen funcionamiento de los propios mecanismos de apoyo²⁰⁶.

La función principal de estas salvaguardias, tal y como se desprende la Observación General N° 1, es garantizar que se respete la voluntad y las preferencias de la persona y que se eviten los abusos y la influencia indebida.

Cuando el artículo 12.4 exige que se deben garantizar las preferencias de la persona, se dice, que la verdadera revolución se encuentra en cambiar la concepción de decidir por la persona con discapacidad bajo el amparo de “su mejor interés o en su beneficio”, por el deber de respetar su voluntad y las preferencias.

El respeto por los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, atañe a asegurar que la persona ejerza el derecho a la capacidad jurídica atendiendo a la voluntad de la persona por cualquier medio de exteriorización²⁰⁷ y en los casos que aquello no sea posible entonces indagar las preferencias y deseos de la persona con discapacidad.²⁰⁸ El artículo 12 exige que cuando la persona con discapacidad pueda expresar su voluntad y preferencias, se debe apoyarla para que pueda exteriorizarla por los medios que sean. Por el contrario, si la persona no puede expresarse se reconstruirá lo más fielmente posible aquella voluntad y preferencias.

En ese sentido, la manifestación de la voluntad exteriorizada por la propia persona o por un intérprete puede ser canalizada a través de la visualización de textos, el Braille,

²⁰⁵ DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity... ob. cit., p. 14.

²⁰⁶ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., p. 213.

²⁰⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 21.

²⁰⁸ DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity... ob. cit., p. 16.

la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como, el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso; entre otros.

La salvaguardia como respeto a las preferencias de la persona implica que cuando no es posible obtener la voluntad directa de la persona, se deberá indagar sobre los gustos, inclinaciones, las elecciones del individuo. Así, por ejemplo, en el caso de tener una enfermedad degenerativa como el Alzheimer cuando la enfermedad llega a un estado avanzado la persona no va a poder expresar voluntad y preferencias, por lo que “habrá que establecer una reconstrucción de la voluntad” por parte de las personas de apoyos a través de un proceso que deberá respetar la historia de vida, la identidad de la persona, las preferencias, etc.

Algunos expertos que comparten el modelo social de la discapacidad reconocen que, en algunas situaciones limitadas, se puede designar a un individuo para descubrir o interpretar la voluntad y las preferencias de una persona²⁰⁹. Este problema se aborda cuándo la persona no puede expresar o son desconocidas su voluntad y preferencias, aunque se hayan realizado los esfuerzos significativos para descubrirlas y es imperante la toma de una decisión; por ejemplo, la decisión de otorgar el consentimiento de aceptación o rechazo para salvar la vida de la persona con discapacidad.

La salvaguardia al respeto por la voluntad y las preferencias deberá primar sobre el "interés superior" con la finalidad que las personas con discapacidad disfruten en condiciones de igualdad con los demás del derecho a la capacidad jurídica. Esta idea es defendida por el Comité en la Observación General N° 1 cuando indica que en los casos en los que “(...) pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”²¹⁰.

²⁰⁹ QUINN, G., “Personalidad y Capacidad Jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD”, trad. de Serra, M.L., en PALACIOS, A. y BARIFFI, F. (eds.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, EDIAR, Buenos Aires, 2012.

²¹⁰ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 21.

Se dice entonces, que la acción en las que intervendría una persona de apoyo se realizaría bajo los presupuestos de una situación determinada y no por razón de discapacidad. En consecuencia, se deberá ser coherente con la narrativa de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos etc. ser tomada para ella y no por ella.²¹¹

En el contexto descrito anteriormente, como se viene señalando, el rol principal del apoyo en la toma de decisiones será llegar a la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, siendo indispensable para aquella labor contar con toda la información disponible sobre la persona que incluirá conversaciones con los familiares, amigos y personas de confianza que son allegadas a la vida de la persona”²¹².

Un factor de preocupación de los detractores de la interpretación que hace el Comité respecto de la visión al reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad recae en la posibilidad de manipulación e influencia indebida que podría sufrir la persona; responsabilizando de estas situaciones el permitir el cambio de paradigma. Sin embargo, GOODING señala en respuesta a estas críticas, “debemos recordar que todos estamos sujetos a la influencia, la manipulación y la coacción sutil de aquellos que están cerca de nosotros”²¹³. Por lo tanto, prosigue “no deberíamos someter a las personas con discapacidad a un mayor nivel de intrusión estatal únicamente sobre esta base”²¹⁴.

La Observación General N° 1 señala que “Aunque todas las personas pueden ser objeto de “influencia indebida”, este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las

²¹¹ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., p. 211.

²¹² DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity... ob. cit., p. 6. Las autoras señalan que la “mejor interpretación” puede formar la base para tomar una decisión, en situaciones en las que la voluntad y las preferencias del individuo siguen siendo desconocidas.

²¹³ GOODING, P., “Navigating the Flashing Amber Lights of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 1, 2015, pp. 45–71. El planteamiento de GOODING ha sido abordado en profundidad por el pensamiento feminista moderno cuando señala que todos nuestros actos, decisiones, valores y creencias están profundamente influenciados por nuestras relaciones. SERIES, L., “Relationships, Autonomy and Legal Capacity: Mental Capacity and Support Paradigms”, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol.40, 2015, pp. 80–91.

²¹⁴ GOODING, P., “Navigating the Flashing Amber Lights... ob. cit., pp. 67-69.

salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores”²¹⁵.

Así las cosas, el artículo 12.4 exige que no exista conflicto de intereses ni influencia indebida, y esto tiene sentido, porque el modelo social plasmado en la CDPD propugna la autonomía de la persona con discapacidad. En ese contexto, el camino que da soporte al ejercicio de la capacidad jurídica será el modelo de apoyo en la toma de decisiones, entonces se concibe como premisa que será siempre la persona con discapacidad quién decida.

Aunque tal vez no se pueda soslayar que en los hechos las personas con discapacidad intelectual o mental podrían ser influenciables, surge aquí el deber para los Estados Partes de tomar medidas necesarias para evitar influencias indebidas; sin embargo, cabe resaltar, como ya se ha dicho, que las influencias indebidas no son sólo situaciones que enfrentan las personas con discapacidad. Y ello debido a que estos acontecimientos generalmente dependerán de un contexto en el que la persona a decidir se encuentre en una situación de vulnerabilidad.

Con la finalidad de evitar la influencia indebida y los abusos el Estado debe involucrar a toda la sociedad como son: funcionarios de las diferentes jurisdicciones y competencias, políticos, profesionales del derecho, de la ciencia de la salud médicos y no médicos, ciencias, empresariales, etc. para lograr el cabal y buen funcionamiento del sistema de apoyo.

Asimismo, como aspecto esencial el párrafo 4 del artículo 12 incorpora la obligación de respetar los derechos, es decir, menciona como salvaguardia de los mecanismos de apoyo el respeto de los derechos de la persona. Por tanto, el sistema de apoyos debe permitir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, de manera tal, que pueda gozar todos sus derechos en todos los ámbitos y en igualdad de condiciones con los demás.

²¹⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 22.

El artículo 12.4 incorpora también como salvaguardia la exigencia de que las medidas de apoyo sean proporcionadas y adaptadas a la situación de la persona. Como antes se ha indicado, y en palabras de BARIFFI, que las medidas de apoyo se deben pensar como “un traje a medida”. Significa que el centro de la pertinencia debe ser la persona con discapacidad y las barreras que giran en su entorno, que no le permiten ejercer libre y plenamente su capacidad jurídica.

Acorde con la interpretación que se está dando al artículo 12 y a las salvaguardas como garantías al sistema de apoyo, la referencia de la Convención a que las medidas de apoyo se apliquen en el plazo más corto, implica que se empleen de la forma más inmediata posible con la finalidad de brindar una situación de igualdad de condiciones con los demás. Es decir que, cuando se necesiten, se pongan en marcha lo más pronto posible.

Por último, el párrafo 4 del artículo 12 exige que las salvaguardias estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

7. Capacidad jurídica de ejercicio de derechos patrimoniales

“12.5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

La Observación General N° 1 señala que este apartado del artículo 12 impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas, con inclusión de medidas legislativas, administrativas y judiciales y otras medidas prácticas, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones con las demás”²¹⁶.

²¹⁶ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 23.

El artículo 12.5 se refiere de manera específica a ciertos ámbitos en los cuáles bajo un enfoque médico rehabilitador de la discapacidad sería impensable la incursión de la persona con discapacidad, no sólo como sujeto de derecho sino con pleno goce y ejercicio de la capacidad jurídica. En consecuencia, concretiza los incisos 2 y 3 del artículo 12. Así como no se puede discriminar a razón de género tampoco se puede discriminar en razón de la discapacidad como rasgo individual de la persona de las esferas de las finanzas y la propiedad.

En ese sentido el quinto párrafo, del artículo 12 busca evitar la exclusión y asegurar el acceso a la propiedad y la igualdad de derechos con respecto a los asuntos financieros para las personas con discapacidad. Tal como señalan DE BHAILÍS y FLYNN “tradicionalmente áreas en las que las personas con discapacidad son tratadas de manera menos favorable por la ley”²¹⁷.

Se hace un hincapié en el aspecto de un derecho al desarrollo económico de la persona con discapacidad que le permita expresar sus deseos y preferencias y tomar decisiones en la vida. Porque implícitamente toda restricción o limitación del ejercicio de la capacidad jurídica implica una limitación a la autonomía, a la libertad para realizar una vida independiente convirtiéndose en una vulneración de derechos. Precisamente, BARRIFFI narra como en muchos regímenes jurídicos de tipo laboral permiten a las personas con discapacidad firmar un contrato laboral, pero luego no se les permite administrar o disponer libremente de su salario²¹⁸.

²¹⁷ DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity... ob. cit., p. 9.

²¹⁸ BARRIFFI, F., *El régimen jurídico internacional...* ob. cit., p. 397. Además, las autoras ARSTEINKERSLAKE y FLYNN comentan como un ejemplo de desigualdad en la capacidad jurídica en los ámbitos de propiedad y herencia el caso de un joven de veintidós años que terminó sus estudios primarios y secundarios, que nunca tuvo un trabajo remunerado y que se quedaba cuidando de sus hermanos menores en la casa familiar mientras los padres trabajan. Un día el joven hereda una casa de su tío, propiedad a la que quería mudarse, pero sus padres lo convencieron de que no se vaya por la preocupación que les representaba que no tenga a nadie que lo proteja de otras personas al vivir solo. Luego de meses, el joven tuvo una discusión muy fuerte con sus padres y él quiso irse a vivir a la casa que había heredado; sin embargo, el padre no le permitió salir de la casa cerrando la puerta con llave; en la madrugada el joven de manera sigilosa dejó la casa familiar para vivir en la casa heredada. Grande fue su sorpresa cuando vio que en aquella casa vivía una familia que no conocía y descubrió que, aunque la casa estaba a su nombre, sus padres la habían alquilado a esta nueva familia sin su permiso y al no tener otro lugar adonde ir, regresó a la casa de sus padres. Analizando el ejemplo al amparo de la igualdad en la capacidad jurídica en los ámbitos de propiedad y herencia contenida en el párrafo quinto del artículo 12, se debería reconocer que la decisión del joven de veintidós años de vivir en la casa de su tío implicaría el ejercicio de su capacidad jurídica expresada en la aceptación de la herencia y por tanto su condición jurídica de heredero - propietario del bien inmueble, siendo indispensable para la consecución de los actos que el Estado proporcione apoyo en la toma de decisiones así como en la defensa de la misma, incluso podría significar un mecanismo para acciones legales contra los padres que físicamente le han impedido ejercer su capacidad jurídica para posteriormente realizar un alquiler de un bien ajeno, aunque hay varias aristas por cubrir en el ejemplo

8. Los casos difíciles

Un argumento común a la hora de criticar el modelo de apoyo por el que aboga el artículo 12 de la CDPD se basa en los llamados “casos difíciles”. Se trataría de casos que mostrarían que este modelo, al menos en algunas situaciones, es inviable o conllevaría consecuencias negativas que no pueden asumirse.

Las decisiones en los llamados "*hardcases*" serán, como su nombre sugiere, toma de decisiones en los casos que contemplan extraordinaria dificultad. Sin embargo, aterrizando en la realidad hay que señalar que los casos difíciles siempre han existido y se tuvo que tomar una decisión bajo el régimen de sustitución en la toma de decisiones²¹⁹.

Una idea principal para afrontar los casos difíciles radicaría en una presunción de que casi siempre es posible llegar a cierto nivel de comprensión de los valores, creencias y puntos de vista de una persona; y que los valores, creencias y puntos de vista de la persona finalmente apuntalan su voluntad y preferencias. Por ello, será clave en el proceso de soporte procurar y asegurar que el intérprete esté lo más informado posible durante todo el proceso²²⁰.

Un primer caso difícil al que se refiere la propia Observación General Nº 1 y que se comentó con anterioridad es aquel en el que la persona no puede expresar por ningún medio voluntad y preferencias; por ejemplo, en el caso de un paciente en coma, en estos casos se debe usar la "mejor interpretación" de la voluntad y las preferencias de esa persona para tomar una decisión de acuerdo con su historia de vida, creencias, valores, etc. Con la finalidad de reconstruir la voluntad y las preferencias o la mejor interpretación de la voluntad un punto importante es la relación de cercanía y de conocimiento de la persona que debe interpretar.

Otro escenario que representa casos difíciles es cuando la voluntad y las preferencias de una persona son claras pero peligrosas en tanto podrían causar un daño grave a otros o a sí misma. Al respecto ARSTEIN-KERSLAKE y FLYNN argumentan en el caso de daño a terceros “que una persona de apoyo no está obligada a hacer algo

como los límites exactos de la legitimidad en la toma de decisiones intrafamiliares, se trata de visibilizar la desprotección en las áreas de financieras especialmente de propiedad y herencia para las personas con discapacidad y, por lo tanto, dónde el Artículo 12 puede brindar protección en esta esfera. ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The Right to Legal Agency...ob. cit., p. 30.

²¹⁹ ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The General Comment in Article 12 ...ob. cit., p. 480.

²²⁰ DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity... ob. cit., p. 16.

que la deje abierta a responsabilidad civil o criminal”²²¹; además, respecto al peligro para la propia persona señalan que si la decisión plantea un riesgo de daño grave e inminente a su vida, salud o seguridad, también se considera que un actor estatal puede intervenir, siempre que estas intervenciones se realicen en igualdad de condiciones para las personas con y sin discapacidades²²².

Asimismo, también entenderemos como caso difícil cuando una persona está comunicando voluntad y preferencias contradictorias²²³, supuesto en el que es necesario en primer lugar conversar la situación con el individuo utilizando todas las formas de comunicación disponibles y no se descarta que se involucre en el dialogo a familiares u otras personas de confianza del individuo. Sin embargo, después de que se haya hecho todo lo posible por reconciliar la voluntad y las preferencias contradictorias y no exista una decisión clara, el apoyo deberá tomar decisiones sobre la base de la "mejor interpretación" de la voluntad y las preferencias de la persona.

Otro caso difícil al que también hace referencia la Observación General es el caso en el que la persona, a pesar de necesitarlos, rechaza los apoyos. Como antes se dijo, la Observación parece establecer un derecho a rechazar los apoyos. Sin embargo, en mi opinión, el derecho a rechazar los apoyos no sería absoluto, sino que cuando se comprueba que la ausencia de apoyos puede suponer un daño a la persona o a sus bienes, se debe considerar como una medida excepcional, que tales apoyos podrían ser solicitados por un tercero o por el Estado a través de un proceso judicial. En ello han incidido las autoras ARSTEIN-KERSLAKE y FLYNN cuando señalan que “se puede nombrar a un responsable externo de la toma de decisiones con el consentimiento de la persona o, si no hay comunicación posible para lograr el consentimiento, solo se realizará si no hay evidencia de objeción por parte de la persona”²²⁴.

²²¹ ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The General Comment in Article 12 ...ob. cit., p. 480.

²²² FLYNN, E. y ARSTEIN-KERSLAKE, A., “State Intervention in the Lives of People with Disabilities: The Case for a Disability Neutral Framework”, *International Journal of Law in Context*, vol. 13, núm. 1, 2017, pp. 39–57. En todo caso sí los Estados necesitan intervenir, la regla general debería ser que, siempre que estas intervenciones se apliquen en pie de igualdad y no constituyan una discriminación directa o indirecta contra las personas con discapacidad, no hay conflicto con el artículo 12. ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The General Comment in Article 12 ...ob. cit., p. 482.

²²³ DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity... ob. cit., p. 14.

²²⁴ ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The General Comment in Article 12 ...ob. cit., p. 483.

A partir de todo lo anterior, el Comité ha identificado que del artículo 12 se derivan una serie de obligaciones principales para los Estados, tales como: 1) abolir los regímenes de toma de decisiones sustitutivas, 2) poner a disposición mecanismos de apoyo para ayudar a las personas con discapacidad a ejercer su capacidad legal, 3) crear salvaguardas en torno al ejercicio de la capacidad legal basadas en el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias del individuo²²⁵, 4) capacitar a las personas que reciben apoyo para que puedan decidir cuándo necesitan menos apoyo o cuándo ya no lo necesitan en el ejercicio de su capacidad jurídica y 5) formar y sensibilizar a los agentes policías, trabajadores sociales, jueces, abogados, en la necesidad de respetar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Al crear regímenes de toma de decisiones y ejercicio de la capacidad compatibles con la CDPD, los Estados deben garantizar que la autonomía y la elección personal sean los valores centrales de sus sistemas.

El cumplimiento de estas obligaciones requiere, entre otras cosas, una reforma legal de gran calado, no solamente en el ámbito civil, reclamando la realización de cambios de gran alcance que involucren toda regulación que restrinja el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. En todo caso, la modificación de la legislación civil se presenta como un aspecto clave en la implementación del art. 12. En este sentido, el siguiente Capítulo se centrará en el análisis de la normativa civil del Estado del Perú en materia de capacidad jurídica a la luz de las exigencias de la Convención.

²²⁵ DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity... ob. cit., p. 19.

CAPÍTULO III

LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Perú, en su calidad de Estado soberano ratificó en diciembre del 2007 la CDPD de Naciones Unidas y su protocolo facultativo, mediante resolución legislativa N° 2912. La Convención entró en vigor en Perú el 03 de mayo del 2008.

A la hora de valorar la incidencia de la Convención en el Perú, es importante tener en cuenta el artículo 55 de la Constitución Política del Perú de 1993 (CPP) que establece que *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”*. Por tanto, el Perú al haber ratificado la CDPD acoge las disposiciones contenidas en el instrumento internacional como parte conformante de la normatividad de derecho nacional o interno. Además, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna dispone que *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”* Por consiguiente, el Estado del Perú debe reconocer, interpretar y efectivizar los derechos y las libertades de las personas con discapacidad a la luz de la CDPD²²⁶.

El artículo 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución tienen una doble función constitucional, la primera se circunscribe a la apertura del derecho interno a lo estipulado en los instrumentos internacionales que celebre el Perú que implicará, como consecuencia fáctica, su incorporación integrativa al derecho nacional; y, la segunda función recaerá en establecer el carácter interpretativo de los instrumentos internacionales en la normatividad constitucional que reconozca derechos y libertades.

²²⁶ El Tribunal Constitucional en el caso Norman Guido Vera Masciotti, sentencia N° 1647-2013-PA/TC ha incidido que “las disposiciones constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales vigentes ratificados por el Perú en materia de derechos fundamentales (FJ.4)”. Además, en el caso Jane Margarita Cósar Camacho y otros, ha señalado en la sentencia N° 2437-2013-AA²²⁶ respecto a la CDPD que “han de considerarse como parámetro interpretativo del contenido protegido por el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas con discapacidad (FJ.12)”.

Por tanto, la concepción de la visión y el tratamiento de la discapacidad del modelo social y todos los derechos plasmados en la CDPD constituyen la nueva guía que debe regir a la normatividad y políticas públicas del Estado de Perú.

Esta posibilidad de aplicación directa de la Convención y la obligación de interpretación del ordenamiento jurídico peruano de conformidad con sus exigencias puede acelerar la incidencia de este Tratado en la situación de las personas con discapacidad en el Perú. Ahora bien, ello no exime de la realización de las reformas legislativas precisas para adaptar la normativa peruana a la Convención en cumplimiento de las obligaciones establecidas en su artículo 4 a) “Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención” y el 4 b) “Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

En este sentido, la implementación de la CDPD en el Perú exige la realización de una pluralidad de reformas en distintos ámbitos normativos, en tanto la visión tradicional de la discapacidad manejada en el Ordenamiento jurídico peruano responde claramente a la tradicional visión asistencialista y al modelo médico.

Esta concepción se plasma claramente en el tratamiento de la discapacidad en la propia Constitución que como norma fundamental incide en la visión que se maneja en el resto del ordenamiento jurídico peruano. Por ello, resulta interesante su análisis en el primer apartado de este Capítulo. El resto del Capítulo se dedicará a estudiar el tratamiento de la capacidad jurídica en la legislación civil y las iniciativas que se han puesto marcha para reformar esta regulación. Finalmente se incluirá una propuesta alternativa de reforma que intenta incidir en los lineamientos del modelo social.

1. El tratamiento de la discapacidad en la Constitución Política del Perú²²⁷

La CPP, hace referencia explícitamente a la discapacidad, en el artículo 7 que regula el Derecho a la Salud en el que se señala:

²²⁷ Constitución Política del Perú de 1993, promulgada el 29 de diciembre de 1993, entró en vigor el 1 de enero de 1994. Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf> (último acceso: 22/05/2018)

*“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.”*²²⁸

El modelo médico rehabilitador se aprecia claramente en el hecho de que la discapacidad se mencione, precisamente, en la regulación del derecho a la salud y en la propia localización y contenido del artículo 7 de la CPP. En ese sentido, para los fines didácticos resulta necesario establecer, la ubicación del artículo 7 dentro de la CPP, en el apartado denominado “De los derechos sociales y económicos” del Capítulo II del Título I. Es decir, el único artículo que hace referencia a la discapacidad no se encuentra dentro de la denominación “de los Derechos Fundamentales de la persona” consagrados en el artículo 2 del Capítulo I del Título I, lo que demuestra un menor nivel de protección de los derechos de las personas con discapacidad.

El artículo 7 de la CPP se refiere a “la persona incapacitada para velar por sí misma”. Sobre el particular, se pueden considerar dos acepciones para la palabra incapacitado/a: en el lenguaje ordinario como un adjetivo que denota falta de capacidad o aptitud para hacer algo; y, en el lenguaje jurídico como una persona sujeta a la interdicción civil, esto es, que tiene su capacidad jurídica anulada o restringida. Parece que el artículo 7 usa la primera acepción. Además, según el art. 7 la causa que incapacita a la persona para poder “velar por sí misma” es, precisamente la existencia de “deficiencia física o mental”, sin considerar los factores y condicionantes sociales que determinan la discapacidad.

Bajo la visión del modelo médico rehabilitador en el Perú, las personas con discapacidad tienen una “deficiencia que se traduce como una imperfección que no los encuadra dentro del parámetro de lo normal”²²⁹. En consecuencia, debido a la deficiencia

²²⁸ Esta visión médico-rehabilitadora del tratamiento de la discapacidad ya estaba presente en el artículo 19 de la Constitución Política de 1979, que no reconoce a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derecho; sino, sujetos de protección especial. Constitución Política del Perú de 1979, promulgada el 12 de julio de 1979, entró en vigor el 28 de julio de 1980. Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm> (último acceso: 25/03/2018)

²²⁹ La connotación al referirse a la persona con discapacidad se da empleando un lenguaje con calificativos negativos al amparo del modelo médico rehabilitador, debido que esta concepción denomina a las personas con discapacidad como seres imperfectos o con defectos, por no encontrarse dentro del patrón de la

existirá una incidencia negativa en el ejercicio y disfrute de los derechos y, por tanto, el artículo 7 establece el mandato de garantizar “un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad para las personas con discapacidad”. Desde el enfoque del modelo médico rehabilitador del artículo 7 de la CPP la persona con discapacidad sería en primer lugar *objeto* de un régimen de protección, atención, readaptación y seguridad para el logro de la integración a la sociedad, y en tanto se consiguiera la mencionada integración sería considerado como *sujetos* de derechos.

En todo caso, como antes se dijo, según la propia CPP el artículo 7 debería ser reinterpretado en clave de modelo social. Debe comprenderse desde el enfoque del artículo 1 de la CDPD que considera que la discapacidad es la interacción de la deficiencia y las barreras sociales²³⁰. Además, este modelo exige entender que el régimen legal de protección al que alude el artículo 7 debe ser un régimen orientado a la igual protección legal²³¹; teniendo en cuenta el artículo 5.1 de la CPCD, que establece que, “Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.” La igual protección legal de las personas con discapacidad exigiría también la igualdad en la capacidad jurídica.

Desde el modelo social la atención a la que hace referencia el artículo 7 no puede ser entendida como un mandato de desarrollo de políticas exclusivamente sanitarias o de seguridad social²³². Por el contrario, se debe tener una mirada global de la discapacidad²³³, de conformidad con el artículo 4.1 de la CDPD, “Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los Derechos Humanos

normalidad. El precepto constitucional, adiciona la palabra “deficiencia”, como símil de defecto o imperfección.

²³⁰ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., p.111. “la discapacidad, según este enfoque, es el resultado de la interacción de la diversidad funcional con barreras sociales - estos términos adquieren un sentido más integral que el que poseen en virtud de su interpretación conforme al modelo médico”.

²³¹ *Ibíd.*, p. 98. “el tratamiento de la discapacidad debe ser abordado adoptando como referente la idea dignidad y el principio de igualdad, o, si se quiere, tomándose en serio la igual dignidad de las personas con discapacidad”.

²³² DE ASÍS ROIG, R., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"*. Dykinson, Madrid, 2007, pp.28-29.

²³³ La atención desde el modelo social debe ser una atención o tratamiento integral que abarca lineamientos de políticas transversal y de coordinación entre los poderes del Estado, sectores del gobierno, partidos políticos y la sociedad civil, en la medida que la persona con discapacidad es titular de derechos por su status jurídico de persona humana, por ello, debe gozar y ejercer sus derechos, más aún si el Estado parte se encuentra inmerso en el discurso de una sociedad democrática y respeto irrestricto a los Derechos Fundamentales.

y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.”

El artículo 7 se refiere al derecho de la persona con discapacidad a la readaptación. Según el modelo social de la Convención no es la persona, sino la sociedad la que debe readaptarse²³⁴ y, en este sentido, la accesibilidad tiene una importancia central porque permite desarrollar grados de autonomía posibles²³⁵. La accesibilidad requiere la eliminación de barreras actitudinales, arquitectónicas y todas aquellas, que impidan la participación de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás²³⁶.

Finalmente, el término seguridad que incluye el artículo 7 también debe interpretarse conforme al modelo social y en concordancia con los principios generales de la Convención como lineamientos que den mayor seguridad jurídica de las acciones que adopte el Estado. La visión del modelo social en la CDPD exige desterrar del imaginario social aquella concepción negativa de la discapacidad – estudiada en el primer capítulo - reconoce la interacción de la persona con la sociedad y establece que la discapacidad será producto de aquella situación “desigual”. Por tanto, el artículo 7 de la CPP exige al Estado, brindar un contexto que permita la seguridad a las personas con discapacidad como sujetos de derecho y en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En todo caso, la atención al modelo social supone que cualquier reforma en el tema de la discapacidad tiene que tomar como referencia no sólo el artículo 7 CPP, de acuerdo con la interpretación antes propuesta, sino que además deba tomar en consideración otros artículos de la CPP, entre ellos, los artículos 1, 2.2 y 44 de la CPP.

²³⁴ DE ASÍS, R., BARIFFI, F. y PALACIOS, A., “Principios éticos ... ob. cit., 90. “es la sociedad la que debe curarse, normalizarse y cambiar superando las limitaciones que padece para hacer frente a las necesidades de todos, incluidas las personas con discapacidad”. Desde la óptica del modelo social la readaptación, supone enmendar la concepción de la discapacidad como una “deficiencia” de la persona para señalar que existe una “deficiencia” en la sociedad, es hacer un mea culpa frente a las personas con discapacidad y reconocer que, por mucho tiempo los lineamientos de política pública, que versan sobre la materia fueron al amparo del modelo médico rehabilitador y considerándolos como objetos de derecho y por ende menoscabando su dignidad.

²³⁵ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., p. 117.

²³⁶ CDPD Prólogo e) “Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. En ese contexto, la sociedad crea barreras de deben ser eliminadas. CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., pp. 113-114. “la prevención y eliminación de las condiciones sociales que hacen que las personas con discapacidad vean “disminuidas” sus oportunidades para desarrollar libremente sus proyectos de vida en igualdad de condiciones con los demás”.

El artículo 1 contempla que “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”²³⁷. En consecuencia, el Estado del Perú debe abordar la discapacidad, en el marco del respeto de la dignidad de la persona con discapacidad, dignidad que irradia a todos los derechos²³⁸ y teniendo presente la dignidad como principio y derecho²³⁹. Como apunta CAMPOY el respeto de la dignidad supone que todas las personas, también las personas con discapacidad puedan en la mayor medida posible diseñar y desarrollar libremente, en el ejercicio autónomo de su voluntad, sus propios planes de vida²⁴⁰. Por tanto, en virtud del artículo 1, la persona con discapacidad debe considerarse titular de derechos, con goce pleno y capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones con los demás.

El artículo 2.2, atañe al derecho “*a la igualdad ante la ley*” y señala que “*nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*”²⁴¹. Desde el modelo social debe

²³⁷ Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 0030-2005-PI/TC, del caso barrera electoral, establece respeto a la interpretación constitucional y la dignidad humana que “*La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural, como desde el subjetivo-institucional. Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (FJ 40)*”. Así mismo, es fundamento supremo de la sociedad y del Estado la defensa de la persona humana y su dignidad, en ese sentido, el Tribunal Constitucional en el caso José Luis Correa Condori expidió la sentencia N° 02016-2004-AA estableciendo respecto al principio de dignidad humana que “la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todos los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas (FJ.16)”.

²³⁸ Ídem, “el principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano sólo puede ser lograda a través de la protección de los distintos elencos de derechos, en forma conjunta y coordinada (FJ.18).

²³⁹ Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. En ese sentido, el Tribunal Constitucional en su sentencia N° 02273-2005-PHC/TC señaló respecto de la dignidad humana como principio y derecho que “*La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana (FJ 10)*”.

²⁴⁰ CAMPOY CERVERA, I., “La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución española de 1978”, CAMPOY, I., y PALACIOS, A., (cords.) en *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentinas*, Dykinson, Madrid, 2007, p.147.

²⁴¹ Para un estudio más profundo de la igualdad se recomienda. LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho Constitucional Volumen I. Ordenamiento Constitucional Derechos y Deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 159. “la igualdad ante la ley buscaba igualar a todos los ciudadanos para así igualar los efectos legales para todos”. PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universal Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p.284. “la igualdad puede referirse al Derecho, es decir, ser igual ante la ley, a veces llamada igualdad formal, y sería la igualdad en el ámbito del sistema jurídico, o igualdad en la vida social, en la realidad en las relaciones entre los hombres, que se ha venido llamando igualdad real o igualdad material”. Por su parte, GIMÉNEZ GLUCK “el desarrollo de la igualdad de trato no sólo se circunscribe a la población jurídica de

entenderse que el artículo 2.2 de la CPP, prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad. Consecuentemente, se establecería un derecho a la no discriminación para las personas con discapacidad²⁴² y se exigiría que el Estado adoptase medidas preventivas y de mejora para erradicar exclusiones y restricciones basadas en la discapacidad y también medidas para promover el goce de los derechos por parte de las personas con discapacidad²⁴³.

Otro artículo fundamental, es el 44 que señala “*Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...)*” (negritas nuestras).²⁴⁴ La CDPD exige por tanto que se garantice también la plena vigencia de los derechos en relación con las personas con discapacidad, lo que quiere igualdad en su reconocimiento y en su ejercicio, lo que de nuevo conecta con la cuestión de la capacidad jurídica.

diferenciar negativamente a este colectivo; se extiende también a las políticas activas emprendidas por los poderes públicos para hacer efectiva dicha igualdad en la vida real”. GIMÉNEZ GLUCK, D., “Principio de igualdad ... ob. cit., p. 224. PÉREZ LUÑO, A., *Dimensiones de la Igualdad*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 2005, p.28. “la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de manera uniforme como un criterio formal y abstracto podría generar en una sucesión de desigualdades reales”.

²⁴² DE ASÍS, R., AIELLO, A. L., BARIFFI, F., CAMPOY, I. y PALACIOS, A., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 2005, p. 40. CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...*ob. cit., pp. 135-136. La autora analiza la Constitución española a la luz de la CDPD y expresa “lo que respecta a la cuestión que nos ocupa en el presente trabajo, implicaría la existencia de un derecho fundamental a no ser discriminado por razón de discapacidad”.

²⁴³ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...*ob. cit., pp. 135-136. La autora analiza la Constitución española a la luz de la CDPD y expresa “lo que respecta a la cuestión que nos ocupa en el presente trabajo, implicaría la existencia de un derecho fundamental a no ser discriminado por razón de discapacidad”.

²⁴⁴ La Constitución del Perú no sólo contempla la igualdad formal establecida en el artículo 2.2 de la CPP; sino, que da paso a la igualdad material. Comparto el comentario de LÓPEZ GUERRA cuando señala que “es evidente que la realidad requiere abordar situaciones o necesidades diferenciadas y que, por otro lado, se exige a los poderes públicos que hagan lo necesario para conseguir que quienes están en condiciones de inferioridad puedan situarse en una posición de igualdad real”. LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho Constitucional...* ob. cit., p. 164. Precisamente, el Tribunal Constitucional en el caso Jorge Martín Reynoso Navarro señala en su *sentencia N° 199-2013-AA/TC*: “En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no solo una exigencia negativa, es decir, la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales. (FJ.19)”.

2. El tratamiento de la capacidad jurídica en la legislación civil

En el Perú la regulación de la capacidad jurídica en la legislación civil – en el Código civil y luego en el Código procesal civil - se encuentra bajo el enfoque del modelo médico rehabilitador en el tratamiento de la discapacidad. Se entiende – como se ha establecido en los capítulos precedentes-, que se deberá rehabilitar o normalizar a las personas con discapacidad para formar parte de la sociedad. En consecuencia, esta regulación permite la anulación o limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y mental y adopta un modelo de sustitución en la toma de decisiones a través de los procesos de interdicción judicial.

En este apartado se analizará, en primer término, la actual regulación civil de la capacidad jurídica poniendo de manifiesto sus contradicciones con la Convención. En segundo lugar, se estudiarán diversas iniciativas legislativas de reforma planteadas para la adaptación de esta regulación a las exigencias del art. 12. Y, finalmente, se valorarán los avances de estas iniciativas y se realizarán algunas propuestas para su mejora.

2.1. Incapacidad jurídica absoluta y relativa como supuestos de discriminación hacia la persona con discapacidad

El tratamiento dado por la legislación civil es discriminatorio, si sólo afecta a las personas con discapacidad por considerar que “tienen una deficiencia que radica en una enfermedad”. Por ello, desde el modelo social adoptado por la CDPD, todas las normas que contemplen causales de incapacitación basadas en la discapacidad deben ser derogadas.

En ese orden de ideas, se comparte el planteamiento que realiza ESPINOZA cuando señala que “el sujeto de derecho, por definición, siempre tiene capacidad por lo que no caben expresiones como personas incapaces, incapacidad absoluta o relativa son que lo que se presenta en el ordenamiento jurídica son los sujetos de derechos con capacidad relativa o restringida y, plena o absoluta”²⁴⁵.

En el Perú, - al igual que sucede en otros sistemas jurídicos - la capacidad jurídica está conformada por dos dimensiones la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Así las cosas, el artículo 3 del Código civil establece que “Toda persona tiene el goce de

²⁴⁵ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de las personas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p.876.

los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”. Por su parte el artículo 42 hace referencia a la capacidad de ejercicio de los derechos civiles remitiéndose a unas excepciones que aparecen reguladas en los artículos 43 y 44 del mismo *corpus iuris civilis* peruano, que realiza una distinción entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa. Precisamente, ESPINOZA ha incidido en que “más que excepciones se trata de limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos”²⁴⁶. Por lo tanto, es indispensable analizar el problema de la denegación y limitación de la capacidad jurídica que se contempla en los artículos 42, 43, 44 y 45 del Título V del Código civil, en relación con la capacidad de ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad.

En ese contexto, el tenor literal de los artículos 42, 43 y 44 del Código Civil del Perú es el siguiente:

“Artículo 42.- *Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.*

Artículo 43.- *Son absolutamente incapaces:*

- 1.- *Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.*
- 2.- *Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.*

Artículo 44.- *Son relativamente incapaces:*

- 1.- *Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.*
- 2.- *Los retardados mentales.*
- 3.- *Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.*
- 4.- *Los pródigos.*
- 5.- *Los que incurrn en mala gestión.*
- 6.- *Los ebrios habituales.*
- 7.- *Los toxicómanos.*
- 8.- *Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.”*

Conviene tener en cuenta que, como posteriormente se explicará, la redacción del artículo 43 fue modificada por la Ley General de la persona con discapacidad, Ley N° 29973, que derogó su inciso 3, que consideraba como absolutamente incapaces a los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosmudos que no podían expresar su voluntad de manera indubitable.

²⁴⁶ ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de las personas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p.87.

De la lectura de los artículos 43 y 44 se aprecia que el ordenamiento civil peruano permite la limitación del ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad intelectual y/o mental. En consecuencia, posibilita, como luego se explicará, la denegación del ejercicio de sus derechos fundamentales. Esta situación se genera como consecuencia de la visión de la discapacidad como un problema de la persona, como una deficiencia o impedimento personal que genera su exclusión en la legislación civil.

Además, establece, sin motivación alguna, las razones por las que, en algunos supuestos, se considera incapacidad absoluta o relativa. Por ejemplo, el numeral 2 de artículo 43 señala que se encuentran dentro de la incapacidad absoluta “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”. Mientras que, el artículo 44 señala que son relativamente incapaces los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. En palabras de ESPINOZA “esta distinción carece de justificación alguna, pues en ambos casos se trata como si hubiera una falta de capacidad de discernimiento”²⁴⁷.

Precisamente, ESPINOZA ha incidido en lo relacionado a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil del Perú de 1984 señalando “(...) en lo que respecta a la tutela de los sujetos débiles, parecería deducirse que la regla general sea la incapacidad de los sujetos de derecho y la excepción su capacidad. En efecto, no obstante que el artículo 42 disponga que tienen plena capacidad de ejercicio en sus derechos civiles las personas que hayan cumplidos dieciocho años se contraponen como límite el contenido de los dos artículos siguientes”²⁴⁸.

Como se aprecia de la redacción del artículo 43, la consigna de “los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento” parece plasmar la aplicación del método funcional debido a que se evalúa la capacidad mental para determinar si la persona debe ser declarada incapaz. Se debe recordar que el discernimiento no es algo propio relacionado con las personas con discapacidad, sino con la persona en general. En esta idea ha insistido ESPINOZA cuando señala que el discernimiento es la distinción

²⁴⁷ ESPINOZA ESPINOZA, J., “Supuestos de incapacidad relativa de ejercicio” en AAVV, *Código Civil. Comentado. Tomo I*, Gaceta Jurídica, 3ª ed., Lima, 2010, p. 227.

²⁴⁸ ESPINOZA ESPINOZA, J., *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Grijley, Lima, 1998, p.90.

intrínseca que hace la persona para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese “algo” es bueno o malo²⁴⁹.

En todo caso esta evaluación del discernimiento, que además se hace en relación con una pluralidad de actos y no para un acto en concreto como exigiría el modelo funcional, sólo se realiza en el caso de las personas con discapacidad. Esta disposición afecta desproporcionadamente a las personas con discapacidad. Ciertamente, muchos y muchas magistrados y magistradas han utilizado este inciso para la denegación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad intelectual y mental declarándolos y declarándolas incapaces absolutos. Por tanto, el numeral 2 del artículo 43, si sólo sirve como fundamentación para denegar la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, es una disposición discriminatoria por motivo de discapacidad y debe ser derogada.

En ese orden de ideas, desde el modelo social y la Observación General N° 1, las personas con discapacidad intelectual y mental son capaces de tomar decisiones y de conocer las consecuencias e implicancias de estas, en todos los ámbitos de su vida y cuándo lo requieran el Estado peruano deberá brindarles un sistema de apoyos que la asista en la toma de decisiones que generen validez jurídica.

Asimismo, el artículo 44, numeral 2 señala que son incapaces relativos para ejercer capacidad jurídica “los retardados mentales”. De acuerdo con la exposición de motivos, el Código Civil considera que las personas tienen retardo mental cuando “(...) por cualquier causa, su desarrollo intelectual es deficitario en relación con su edad”²⁵⁰. Consecuente, esta disposición, además de contemplar el método de atribución de incapacidad de estatus, contiene un lenguaje calificativo peyorativo que refuerza los estereotipos culturales y actitudinales hacia el colectivo de las personas con discapacidad intelectual, generando además de estigma social, la vulneración del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, considerando – como se ha mencionado antes – que las barreras se encuentran en la persona y no en la sociedad.

²⁴⁹ ESPINOZA ESPINOZA, J., *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Grijley, Lima, 1998, 90. “la voluntad está conformada por dos elementos. Primero, el discernimiento que es la distinción intrínseca que hace la persona para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese “algo” es bueno o malo. Segundo, la volición que es la materialización de tal decisión”.

²⁵⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS., *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano*, GRIJLEY, Lima, 2007, pp. 124-129. El autor argumenta que el retardo mental estaba referido a un coeficiente mental intelectual inferior a 69 puntos y se mide con pruebas reconocidas.

Igualmente, en el mismo artículo 44, se encuentra el numeral 3, que señala que también son considerados incapaces relativos “los que adolecen de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad”. Sobre el particular, CORNEJO señala que “la expresión deterioro mental que utiliza nuestro Código, hace referencia al deterioro o daño progresivo de las facultades intelectuales de la persona, producido no sólo por la edad sino también por cualquier otra causa”²⁵¹. En este supuesto, la disposición está concebida para incluir únicamente a las personas con discapacidad, dada la tradición legal peruana de emplear el modelo de atribución de discapacidad por estatus²⁵². Lo importante en teoría parece que no es el deterioro mental sino los efectos de este el impedimento a la expresión de su libre voluntad. En todo caso, parece que el deterioro mental opera como la razón para entender que la expresión de la voluntad no es libre²⁵³.

Resulta importante recalcar que, no es verdad que la persona con discapacidad mental es una persona que tiene un deterioro mental – nuevamente situando barreras en la propia persona-, que le impide expresar su voluntad. En efecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que “no se debe inferir de ningún modo que las personas con discapacidad mental adolezcan de voluntad o que su voluntad no tenga valor alguno”²⁵⁴. Se debe recordar, que el modelo social aboga por la existencia de un sistema de apoyos dentro los cuales deberán estar consignado medios alternativos de comunicación debido a la complejidad de la diversidad humana.

Referente a la negación de la capacidad jurídica por motivos de discapacidad, el Comité en la Observación General N° 01 ha señalado que se trata de una violación de los

²⁵¹ CORNEJO CHAVEZ, H., *Derecho familiar peruano*, Studium, Lima. 1967, p.418. Asimismo, refuerza esta idea ESPINOZA, cuando señala que el término hace referencia siempre a un debilitamiento más o menos progresivo, parcial o general, de las funciones mentales con relación al rendimiento anterior. ESPINOZA ESPINOZA, J., “Supuestos de incapacidad ... ob. cit., p. 43.

²⁵² BARIFFI, F., “Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del Derecho comparado” en PALACIOS, A. y BARIFFI, F. (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediar, Buenos Aires, (en prensa). “en el marco de este modelo general sería posible distinguir dos sistemas. Un sistema de atribución directa de incapacidad por razón de discapacidad que considera ciertas deficiencias como causas inmediatas de limitación o anulación de la capacidad jurídica. Y un sistema de atribución indirecta – del que sería ejemplo la legislación española – que entiende que la deficiencia es causa de discapacidad únicamente cuando produce determinados efectos, que suelen reconducirse a la imposibilidad de autodeterminación de la persona”.

²⁵³ CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales...* ob. cit., pp.163-164. En esta idea ha incidido la autora cuando desarrolla el análisis del artículo 200 del Código Civil español, y señala que “en sintonía con el modelo médico, el incapaz lo es, por los “rasgos que lo identifican”, esto es, por causas de las “enfermedades o deficiencias” que padece, y no por la situación de la que se encuentra”. a

²⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N° 2313-2009-HC/TC, FJ. 4. Caso Luz Margarita Bustamante Candiotti.

artículos 5 y 12 de la Convención²⁵⁵, es decir, atenta contra la igualdad y no discriminación; así como, al igual reconocimiento como persona ante la ley.

Ante lo expuesto, los numerales 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil del Perú deben ser derogados, por contener un trasfondo discriminatorio de las personas con discapacidad. Estas disposiciones impiden a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica, su propia autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y su participación plena en la sociedad.

2.2. Sustitución en la toma de decisiones: La curatela

Al amparo del tratamiento médico rehabilitador contenido en el Código Civil que contempla la restricción y la denegación de la capacidad jurídica se desarrolla el modelo de sustitución en la toma de decisiones, que supone reemplazar la voluntad y preferencias de la persona incapacitada por la voluntad de un tercero. Así lo estipula el Artículo 45 del Código Civil que señala, “Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela”.

Para el caso de las personas mayores de edad con discapacidad, el representante legal recibe el nombre de curador²⁵⁶, él cual es designado mediante un procedimiento judicial denominado interdicción²⁵⁷- procedimiento que se comentará más adelante-, y en el que el juez consignará el estatus jurídico de “incapaz” a la persona con discapacidad.

Así las cosas, CORNEJO ha definido la curatela como “(...) una figura protectora del incapaz no amparado-en general o para determinado caso por la patria potestad ni por la tutela, o de la persona capaz circunstancialmente impedida, en cuya virtud se provee a la custodia y manejo de los bienes o intereses de dicha persona y eventualmente a la defensa de la misma persona y al restablecimiento de su salud o normalidad”²⁵⁸.

La curatela, es una figura jurídica concebida bajo una visión del modelo médico rehabilitador de la discapacidad. Se encuentra contemplada desde el artículo 564 al 618

²⁵⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 32.

²⁵⁶ C.C. Art. 564.- Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 8.

²⁵⁷ C.C. Art. 566.- Requisito indispensable para la curatela que no se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción.

²⁵⁸ CORNEJO CHAVEZ, H., *Derecho familiar peruano...*ob. cit., p.413.

del capítulo segundo del título II respecto de instituciones de amparo familiar del libro de derecho de familia del Código Civil.

Aunque se presenta como una “figura de protección”, lo cierto es que priva de la capacidad de ejercer derechos a la persona con discapacidad, suplantando su voluntad y preferencias por las del curador. Inclusive, en relación con las situaciones que no se encuentran reguladas la curatela, el juez de manera supletoria aplicará las reglas de la tutela²⁵⁹; y, cuando los curadores sean los padres se regirán por las disposiciones de la patria potestad²⁶⁰. Se aprecia que la legislación peruana siempre debe “encargar” en cabeza de alguien y bajo el amparo de alguna figura jurídica la protección de la persona con discapacidad, aun cuando, esto implica la restricción y limitación de autonomía de la persona.

Además, la curatela se determina de acuerdo con el orden de prelación establecido en el artículo 569 del Código civil²⁶¹. Resulta también, que los padres pueden designar un curador por testamento o escritura pública²⁶²; incluso, la designación puede ser realizada por el consejo de familia²⁶³.

El Código Civil establece como criterios para determinar la incapacidad y designar curador que el sujeto no pueda dirigir sus negocios, no pueda prescindir de cuidados o que amenacen la seguridad ajena²⁶⁴. Asimismo, determina que la función principal del curador es la protección de la persona y, según el grado de incapacidad, la asistencia o representación en los negocios. Ciertamente, aunque la legislación civil

²⁵⁹ C.C. Art. 568.- Rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo.

²⁶⁰ C.C. Art. 575.- Cuando la curatela corresponde a los padres se rige por las disposiciones referentes a la patria potestad.

²⁶¹ C.C. Art. 569.- A falta de curador nombrado conforme al Artículo 568-A, la curatela de las personas mencionadas en los Artículos 43º, numerales 2 y 3, y 44, numerales 2 y 3, corresponde:

1.- Al cónyuge no separado judicialmente o notarialmente, y que cumpla lo establecido en el Artículo 289º.

2. A los padres.

3. A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decide el juez, oyendo al consejo de familia necesariamente.

4. A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior.

5. A los hermanos.

²⁶² C.C. Art. 572º.- Los padres pueden nombrar curador, por testamento o escritura pública, para sus hijos incapaces comprendidos en el Artículo 569º, en todos los casos en que puedan darles tutor si fueren menores, salvo que existan las personas llamadas en el artículo mencionado.

²⁶³ C.C. Art. 573º.- A falta de curador legítimo y de curador testamentario o escriturario, la curatela corresponde a la persona que designe el consejo de familia.

²⁶⁴ C.C. Art. 571.- Para que estén sujetos a curatela los incapaces a que se refiere el artículo 569, se requiere que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena.

establece que las funciones del curador también implican la asistencia, lo cierto es que en realidad su principal función radica en la representación de la persona con discapacidad. Además, se establece que en caso necesario la protección puede suponer la colocación en un “establecimiento adecuado”²⁶⁵; es decir, la legislación permite que el curador mediante autorización judicial interne contra su voluntad a la persona sujeta a curatela.

Por si fuera poco, el curador de la persona se convierte en tutor de sus hijos²⁶⁶. La legislación, además, permite la anulación de actos celebrados con anterioridad a la declaración de interdicción de la persona con discapacidad²⁶⁷. De esta manera se observa, que no existe un reconocimiento como titular de derechos, ni mucho menos como sujeto con el pleno goce y ejercicio de capacidad jurídica.

Los supuestos de cese de la curatela contemplados en la ley se refieren los siguientes supuestos: cuando la persona que se designe como curador y carezca de parentesco del incapaz, renuncie luego de cuatro años de designado²⁶⁸, cuando se extinguen los bienes que administra el curador o desaparición de “los motivos” que determinaron la curatela²⁶⁹, es decir, cuando desaparezca la discapacidad.

Resulta preocupante, que ninguno de los artículos del Código civil contemple la existencia una revisión periódica de las actuaciones del curador para determinar “que el curador actúa en el mejor interés del incapaz”. Y ello porque que bajo el enfoque paternalista y protector del modelo médico rehabilitador debería contemplarlo. Por el contrario, el Código Civil permite la exoneración de la obligación de garantizar la gestión del curador²⁷⁰.

²⁶⁵ C.C. Art. 576.- El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios.

²⁶⁶ C.C. Art. 580.- El curador de un incapaz que tiene hijos menores será tutor de éstos.

²⁶⁷ C.C. Art. 582.- Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se realizaron.

²⁶⁸ C.C. Art. 614.- El curador de un mayor incapaz, no siendo su cónyuge, ascendiente o descendiente, será relevado si renuncia al cargo después de cuatro años.

²⁶⁹ C.C. Art. 615.- La curatela de los bienes cesa por la extinción de éstos o por haber desaparecido los motivos que la determinaron.

²⁷⁰ C.C. Art. 579.- Los curadores legítimos están exentos de la obligación de garantizar su gestión, salvo lo dispuesto en el artículo 426.

C.C. Art. 426.- Los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo. En este caso, la garantía debe asegurar:

- 1.- El importe de los bienes muebles.
- 2.- Las rentas que durante un año rindieron los bienes.
- 3.- Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor.

2.3. Régimen de interdicción o declaratoria de incapacidad

Como se ha mencionado en párrafos precedentes, existe un procedimiento sumarísimo y contencioso denominado interdicción contemplado en el numeral 3 del artículo 546 del Código Procesal Civil. A través de este procedimiento judicial, el juez deniega y/o restringe la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, recayendo la competencia de conocer la causa en un juez civil de acuerdo con lo estipulado con el artículo 547 del mismo Código. En este contexto, ABAD expone que el procedimiento se inicia con la interposición de la demanda contra la persona respecto a la cual se pretende la declaración de incapacidad y, contra aquellas personas que pudiendo haber requerido la declaración, no lo hayan hecho²⁷¹. Además, el artículo 582 del Código procesal civil establece que se deberá acompañar a la demanda la certificación médica sobre el estado del presunto interdicto, la que deberá ser ratificada en audiencia judicial.

La normatividad civil señala que en la sentencia de interdicción la extensión y límites de la curatela se establecen según el grado de incapacidad de aquél²⁷². Sin embargo, ESPINOZA recuerda que “la mayoría de las resoluciones de interdicción que nombran un curador no detallan los actos en que este deberá intervenir, sino que establecen una afirmación genérica según la cual el curador cuida la persona y bienes del interdicto”²⁷³. Esta medida resulta inadecuada y desproporcional, dada la diversidad humana y la diversidad de necesidades de la persona con discapacidad. Desde la visión proteccionista, si se trata de proteger cuanto más mejor, la interdicción no opera como el sistema de apoyos que se concibe como un “traje a la medida” de quién lo requiera.

Así las cosas, la interdicción, refuerza la concepción del modelo médico rehabilitador, argumentando que las barreras se encuentran en la persona y no en la sociedad. Permite que terceros puedan solicitar la interdicción con la finalidad de que la persona con discapacidad sea declarada incapaz²⁷⁴. El procedimiento no permite en

Los incisos 2 y 3 sólo son de aplicación cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados.

²⁷¹ ABAD YUPANQUI, S., “Discapacidad, derechos humanos y reforma del Código Civil” en GRANDEZ CASTRO, P. (coord) *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, Palestra, Lima, 2016, pp.81-106.

²⁷² C.C. Art. 581.- El juez, al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél.

En caso de duda sobre los límites de la curatela, o si a juicio del curador fuere necesario extenderla, el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción

²⁷³ ESPINOZA ESPINOZA, J., *La capacidad civil...* ob. cit., p. 106.

²⁷⁴ C.C. Art. 583.- Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público.

ningún momento la participación de la persona, porque considera la discapacidad como un supuesto de incapacidad.

En ese sentido, la interdicción no resulta ser una medida ni proporcional ni “rehabilitadora o normalizadora” de la persona para incluirla y hacerla partícipe en la sociedad, debido que este procedimiento judicial tiene la finalidad intrínseca de determinar una sanción de nulidad o anulabilidad de los actos jurídicos de la persona que es declarada incapaz, inclusive de manera retroactiva -como ya se ha señalado-.

Similar planteamiento, es sostenido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú cuando señala que, el proceso de interdicción es una medida excesivamente paternalista y que no supera el test de proporcionalidad en el marco del modelo social. En efecto, sí bien el propósito es la protección de la persona con discapacidad, lo que constituye un fin legítimo; el test no supera el subprincipio de idoneidad pues sus efectos jurídicos son la sustitución en la de decisiones y restricción en el ejercicio de derechos²⁷⁵.

En consecuencia, la interdicción contraviene lo estipulado en la CDPD, que exige al Perú un modelo de apoyos que implique en los supuestos –estudiados en el apartado 5 del capítulo 2- el nombramiento de un “asistente, asesor, etc.”, que brinde apoyo a la persona con discapacidad, sin que ello limite la capacidad jurídica de la persona.

Esta crítica al proceso de interdicción también es sostenida por ESPINOZA expresando que “la situación que “diferencia” al sujeto frente a su entorno social, no debe ser traducida por el operador jurídico (sea juez, legislador, notario, registrados o abogado) en un estatus que, además de la limitación de iure, haga pesar sobre sus hombros una suerte de discapacidad social”²⁷⁶.

Además, como antes se indicó, no se establecen suficientes controles en la gestión de la curatela, desconsiderando que supeditar la vida y patrimonio de una persona a la voluntad de otra podría suponer abusos o influencias indebidas. Por otro lado, en la normatividad estudiada no existe una previsión de revisión periódica de las sentencias que declaran interdicción. Lo único que se contempla en el Código civil es la figura jurídica denominada “Rehabilitación” que implica el cese de la designación del curador,

²⁷⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Propuesta de reforma del Código Civil en relación al reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad*, Lima, 2014.

²⁷⁶ ESPINOZA ESPINOZA, J., *La capacidad civil...* ob. cit., pp. 117-118.

luego de un procedimiento judicial²⁷⁷. Esta rehabilitación puede ser solicitada por cualquier persona que tenga legítimo interés, sin contemplar dentro de los supuestos a la persona con discapacidad. Explícitamente se señala que la rehabilitación de la persona con discapacidad sólo procederá luego de una comprobación realizada a través de un examen pericial, es decir, en el caso de la persona con discapacidad, aquella recuperará o tendrá derecho a ejercer capacidad jurídica, sólo si un examen médico dictamina favorablemente. Esta situación nos remite nuevamente al enfoque del modelo médico rehabilitador que considera el origen de la discapacidad en una enfermedad de la persona²⁷⁸.

Por lo tanto, en el contexto descrito, resulta imperante que el Estado del Perú, derogue la figura jurídica de la interdicción por ser un procedimiento judicial que determina la incapacidad y la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad. En el marco de la finalidad de “decidir en el supuesto del mejor interés para ella”, en sí lo que se genera es una vulneración a los derechos de las personas con discapacidad, especialmente el derecho al igual reconocimiento ante la ley contemplado en el artículo 12 de la CDPD, es decir al derecho a la capacidad jurídica.

Consecuentemente, el Perú al mantener el sistema de sustitución en la toma de decisiones incumple sus obligaciones internacionales contraídas con la CDPD que exige la creación de un sistema de apoyo para el ejercicio del derecho al igual reconocimiento ante la ley de la persona con discapacidad.

En el Perú las personas con discapacidad sujetas a interdicción son víctimas de una muerte civil. Al igual que sucede en otros sistemas, y como advertía el Comité, en el Perú la denegación o limitación de la capacidad jurídica afecta al ejercicio de derechos fundamentales como, por ejemplo: el derecho a la integridad personal²⁷⁹, el derecho a la

²⁷⁷ C.C. Art. 610.- La curatela instituida conforme a los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 7, cesa por declaración judicial que levanta la interdicción. La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado.

²⁷⁸ C.C. Art. 612.- La rehabilitación de la persona declarada incapaz en los casos a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3, sólo se concede cuando el juez compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, que desapareció el motivo.

²⁷⁹ El caso típico radica en la falta de consentimiento informado para tratamientos y/o experimentos médicos de las personas incapacitadas. Por ejemplo: Art. 4 de la Ley General de Salud. - Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. (...) En caso de que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del artículo 44 del C.C., negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe

participación política²⁸⁰, el derecho a contraer matrimonio²⁸¹, el ejercicio sobre su sexualidad y fertilidad²⁸², la patria potestad²⁸³, el acceso a la justicia²⁸⁴, entre otros.

3. La adaptación normativa de la legislación civil en materia de capacidad jurídica a la Convención

El incumplimiento y falta de implementación del derecho a la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad por parte del Estado, han sido establecidos por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en sus observaciones

comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos.

²⁸⁰ Aunque existe un avance del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de Perú (RENIEC) con la dación de la Resolución Jefatural N° 508-2011-JNAC-RENIEC, de fecha 11 de octubre de 2011 que dispone en su artículo segundo, se suprima en el Registro Único de Identificación de las Personas Naturales (RUIPN), la restricción que impide que los ciudadanos con discapacidad mental o intelectual que no tienen una resolución judicial de interdicción sean considerados en el Padrón Electoral. Lo cierto es que, aquel avance no resulta ser suficiente, debido que siguen excluyendo a las personas sujetas a interdicción por razones de discapacidad. El RENIEC fundamenta la exclusión en el artículo 33 de la CPP y el artículo 10 de la Ley Orgánica de Elecciones, Ley N° 26859, que establece “*el ejercicio de la ciudadanía se suspende, taxativamente, por las siguientes razones: por resolución judicial de interdicción; por sentencia con pena privativa de la libertad; y por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos*”. Por consiguiente, siguen existiendo barreras para votar, desempeñar funciones públicas y participar en asuntos públicos de su interés.

²⁸¹ C.C. Art. 241. - No podrán contraer matrimonio: (...)

3.- Los que padeciera crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos.

²⁸² No obstante, la resolución ministerial del Ministerio de Salud N° 652-2016/MINSA, derogó la NT N° 032-MINSA/DGSP-V01: “Norma Técnica de Planificación Familiar”, aprobada por Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA y modificada por Resolución Ministerial N° 525-2016/MINSA, que establecía en el apartado VI. “*l) En los casos comprobados de incapacidad mental, certificada por médico/a psiquiatra, su representante legal o tutor podrá solicitar el uso de métodos anticonceptivos para la persona incapacitada que representa. La elección del método anticonceptivo será tomada por este último. m) Para los casos de personas con incapacidad mental, las condiciones a considerar para la realización de AQV, la determinará una junta médica conformada por tres médicos con por lo menos un médico Psiquiatra y con el consentimiento del familiar más cercano, o del tutor legal, quienes firmarán la solicitud de intervención. El familiar o tutor se responsabilizará de llevar a la persona usuaria al establecimiento de salud para los controles y seguimiento post-quirúrgico*”. Aún, quedan muchos retos que enfrentar sobre la materia, como las consecuencias penales derivadas de los actos de esterilización forzada. Para un análisis más detallado sobre se recomienda consultar ARREDONDO BASTIDAS, M., “Esterilizaciones Forzadas En Las Mujeres Con Discapacidad Intelectual En El Perú A La Luz De La Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad: Un Análisis A Las Políticas Públicas”, comunicación presentada en el Cuarto Congreso Internacional “El tiempo de los derechos”, 6 y 7 de noviembre de 2017, Getafe - Madrid. Disponible en: <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2018/02/wp14-esterilizaciones-forzadas.pdf>

²⁸³ C.C. Art. 389.- El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en los Artículos 43 incisos 2 y 3, y 44 incisos 2 y 3 (...).

²⁸⁴ C.P.C. Art. 207.- No participará en la audiencia, a criterio del Juez, el convocado que al momento de su realización se encuentre manifestamente incapacitado. El Juez tomará las medidas que las circunstancias aconsejen, dejando constancia en acta de su decisión.

finales sobre el informe inicial presentado por el Perú²⁸⁵, en virtud del artículo 35 de la CDPD.²⁸⁶

En concreto, en estas observaciones finales el Comité “toma nota con preocupación” de que la legislación del Estado “no está en conformidad con el artículo 12 de la Convención, ya que establece un modelo de sustitución en la toma de decisiones en lugar de un modelo de apoyo o asistencia en esa toma de decisiones y permite la suspensión de los derechos civiles de las personas con discapacidad en los casos de interdicción judicial”. Asimismo “preocupa también al Comité la falta de información acerca del número de personas que han estado sujetas a tutela y curatela, así como la falta de recursos y garantías jurídicas en vigor, como la realización de exámenes independientes y el derecho a recurrir, para revocar la imposición de esas medidas”. A partir de estas consideraciones el Comité “recomienda al Estado parte que derogue la práctica de la interdicción judicial y revise las leyes que permiten la tutela y la curatela con objeto de garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la Convención” y que “adopte medidas para cambiar el modelo de sustitución en la toma de decisiones por uno de apoyo o asistencia a las personas con discapacidad en esa toma de decisiones que respete su autonomía, voluntad y preferencias”.

Relacionado también con la cuestión de la capacidad, el Comité en sus observaciones sobre el derecho al respeto del hogar y de la familia apunta su preocupación por que “el Código Civil del Estado parte no reconozca la capacidad para ejercer el derecho a contraer matrimonio de las personas sordomudas, sordociegas y ciegomudas, así como de las personas con discapacidad mental o que sufren deterioro mental” y recomienda su modificación “con el fin de garantizar adecuadamente a todas las personas

²⁸⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observaciones Finales del Comité a Perú CRPD/C/PER/CO/1 del 16 de mayo de 2012. El Comité examinó el informe inicial del Perú en sus sesiones 66ª y 67ª, celebradas el 17 de abril de 2012. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/PER/CO/1&Lang=En (último acceso: 25/05/2018)

²⁸⁶ CDPD. Art. 35.-1. Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate. 2. Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite. (...)

con discapacidad el ejercicio de sus derechos civiles, en particular el derecho a contraer matrimonio”²⁸⁷.

Con la finalidad de resolver las observaciones del Comité, el Perú inició la primera parte del proceso de reforma legal sobre capacidad jurídica con algunas derogaciones y modificaciones del Código Civil mediante la Ley N° 29973, Ley General de la persona con discapacidad publicada el 24 de diciembre de 2012, reflejada ya – según se advirtió - en la redacción del Código civil analizada en el anterior apartado.

Como se ha tenido ocasión de comprobar esta primera reforma no cumplió los estándares de la Convención por lo que se han desarrollado después otras iniciativas que serán también objeto de análisis en posteriores apartados.

3.1. Iniciativas

3.1.1. Ley General de la persona con discapacidad Ley N° 29973²⁸⁸

La Ley General de la persona con discapacidad, entró en vigor desde el 24 de diciembre de 2012. Es la ley pionera en realizar el proceso de reforma normativa del Perú en concordancia con el artículo 12 de la CDPD.

De manera tajante la precitada norma nacional en su artículo 9 recoge el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, señala el reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad²⁸⁹ y, la obligación del Estado de garantizar el ejercicio en condiciones de igualdad con los demás²⁹⁰.

²⁸⁷ Como cuestiones relacionadas más con el tema de la personalidad jurídica el Comité insta al Perú a que ponga en marcha de inmediato programas para expedir documentos de identidad a las personas con discapacidad, incluidas las que se encuentran en zonas rurales y en entornos institucionales de larga permanencia, y a que recopile datos completos y precisos sobre las personas con discapacidad que se encuentran en instituciones y que carecen en la actualidad de documentos de identidad o que no gozan de su derecho a tener un nombre.

²⁸⁸ Ley General de la persona con discapacidad Ley N° 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.minedu.gob.pe/comunicado/pdf/normativa-2018/ley-29973/ley-29973-ley-general-de-la-persona-con-discapacidad.pdf> (último acceso: 10/04/2018)

²⁸⁹ LGPD. Art. 9.1.- La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyos y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.

²⁹⁰ LGPD. Art.9.2.- El Estado garantiza el derecho de la persona con discapacidad a la propiedad, a la herencia, a contratar libremente y acceder en igualdad de condiciones que las demás a seguros, préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. Asimismo, garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad.”

En ese contexto la Ley N° 29973, en su calidad de Ley primigenia del cambio de paradigma legal respecto a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, dispuso la derogación de algunos artículos del Código Civil, como:

- La situación jurídica de incapacidad absoluta de los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no podía expresar su voluntad de manera indubitable (Numeral 3 del artículo 43).
- El impedimento absoluto para contraer matrimonio de los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable (numeral 4 del artículo 24).
- Las formalidades del testamento de la persona ciega, quiénes pueden testar sólo por escritura pública, con las formalidades adicionales a que se refiere el artículo 697. (artículo 693).
- Las formalidades del testamento de mudos, sordomudos y otros que señala que sólo pueden otorgar testamento cerrado u ológrafo (artículo 694).
- La previsión que impedía ser testigos testamentarios a los sordos, los ciegos y los mudos (numeral 2 del artículo 705).

Esta ley modificó los textos de otros artículos del Código Civil contemplando dentro de las formalidades del testamento por escritura pública el uso de interprete²⁹¹, articulando apoyos en el acto testamentario²⁹², estableciendo medidas alternativas cuando

²⁹¹C.C. Art. 696.- Formalidades del testamento por escritura pública Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son: (...) 6.- Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete.

²⁹² C.C. Art. 697.- Testigo testamentario a ruego Si el testador es analfabeto, deberá leérsele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia visual, el testamento podrá ser leído por él mismo utilizando alguna ayuda técnica o podrá leérselo el notario o el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

el testamento es cerrado²⁹³, ológrafo²⁹⁴ y disposiciones respecto a la traducción del testamento²⁹⁵.

Aunque la Ley 29973, comenzó con el proceso de reforma, derogando y modificando algunos artículos del Código Civil, al ser una labor muy extensa y ardua, dispuso la conformación de una Comisión especial encargada de concluir el resto de la reforma legal, lo que se analizará a continuación.

3.1.2. Proyecto de Ley N° 04601/2014-CR²⁹⁶

Como antes se mencionó, la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 29973, estableció la constitución de una comisión especial, encargada de revisar el Código Civil de 1984 en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad que debía formular, en un plazo no mayor de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil. Sin embargo, transcurrido dicho plazo la comisión no se instaló. Por ello, mediante Ley N° 30121, publicada el 05 de diciembre de 2013 se modificó la mencionada Segunda Disposición Complementaria Final ampliando el plazo original a un año a partir de la instalación de dicha Comisión. Se debe dejar constancia, de que la Ley N° 30121, además de ampliar este plazo modificó la composición de la Comisión. Así, la Ley 29973, consideraba inicialmente como miembros de esta Comisión: a) dos congresistas de la República, b)

²⁹³ C.C. Art. 699.- Testamento cerrado: Las formalidades esenciales del testamento cerrado son:

1.- Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.

Tratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo.

²⁹⁴ C.C. Art. 707.- Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 699.

C.C. Art. 709.- (...) En caso de un testamento otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación, la comprobación se hará sobre la firma y huella digital del testador.

²⁹⁵ C.C. Art. 710.- Si el testamento estuviera escrito en idioma distinto del castellano, el juez nombrará un traductor oficial. Además, si el testador fuera extranjero, la traducción será hecha con citación del cónsul del país de su nacionalidad, si lo hubiera. Igualmente, el juez podrá nombrar un traductor si el testamento hubiera sido otorgado en sistema braille u otro medio o formato alternativo de comunicación. La versión será agregada al texto original, suscrita por el traductor con su firma legalizada por el secretario del juzgado. El juez autenticará también este documento con su firma entera y con el sello del juzgado.

²⁹⁶ COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL, Proyecto de Ley 04601/2014-CR. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/dff31fef3f6852be05257e22000b22a3/3f694eedcfe9a05305257e6600678640/\\$FILE/PL0460120150616.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/dff31fef3f6852be05257e22000b22a3/3f694eedcfe9a05305257e6600678640/$FILE/PL0460120150616.pdf) (último acceso: 20/05/2018)

Un representante del Consejo Nacional para la Integración de la persona con discapacidad (Conadis) y c) Un representante del Poder Judicial. Por su parte, la Ley N° 30121 amplió esta Comisión con la participación de tres (03) representantes de las organizaciones de las personas con discapacidad inscritas en el registro respectivo del CONADIS²⁹⁷.

Esta Comisión elaboró el Proyecto de Ley N° 04601/2014-CR en el que planteó la modificación de 47 artículos y la derogación de 34 artículos y de 18 numerales concernientes a distintos artículos del Código Civil. Aunque, este apartado se centrará especialmente en la propuesta de modificación de los artículos 42, 43, 44 y 45, analizados anteriormente, ello no impide que se realicen algunas reflexiones generales sobre el conjunto de la propuesta de reforma.

La primera modificación afecta al art. 1 del Código Civil, que atañe al sujeto de derecho, con la propuesta siguiente:

“Artículo 1.- La vida humana comienza con la concepción. Todos los seres humanos tienen capacidad de goce desde su nacimiento. Al concebido se le reconoce capacidad jurídica en todo cuanto le favorezca. Las atribuciones patrimoniales que se hicieran en su favor son eficaces desde su nacimiento”.

Señalaba el proyecto en su exposición de motivos que, siendo la capacidad jurídica un concepto global que comprende la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, debía estar incluida en el primer artículo con la finalidad de cumplir con los alcances de la CDPD²⁹⁸.

Además, el proyecto de ley plantea la reforma de los artículos 42, 43, 44 y 45 del Código civil en el sentido que se expondrá a continuación.

²⁹⁷ Se debe dejar constancia, que la Ley N° 30121, además de ampliar el plazo consideró como miembros de la Comisión a 03 representantes de las organizaciones de las personas con discapacidad. Miembros que no estaban contemplados en la Ley primigenia, Ley N° 29973 que consideraba como miembros: a) dos congresistas de la República, b) Un representante del Consejo Nacional para la Integración de la persona con discapacidad (CONADIS) y c) Un representante del Poder Judicial.

²⁹⁸ El primer artículo fue aprobado y, posteriormente cuestionado en la segunda reunión de la Comisión, debido que la aprobación mayoritaria planteaba la eliminación de la frase “La vida humana comienza con la concepción.” Siendo que, aquello es un tema muy controversial en el Perú, decidieron mantener la frase y sólo pronunciarse sobre la capacidad jurídica.

“Artículo 42.- Toda persona humana mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio²⁹⁹”.

La Comisión, propuso la modificación del artículo, eliminando los supuestos de excepción que remitían a los artículos 43 y 44 del Código Civil. Y ello con la finalidad de reforzar la idea de presunción general de la capacidad de ejercicio dentro de la capacidad jurídica.

Este artículo contempla que toda persona tiene capacidad jurídica, incluyendo también las personas con discapacidad intelectual y mental, que sólo sería plena al cumplir lo 18 años, es decir, cuando la legislación peruana reconoce mayoría de edad.

Aunque en la exposición de motivos referente a este artículo se señala que “quién niegue dicha capacidad o pretenda derivar derechos de la negación, tiene que aportar la prueba correspondiente, esto es una medida de protección a favor de la persona cuya capacidad se ponga en cuestionamiento”³⁰⁰, cierto es que, en la propuesta de artículo, no menciona nada al respecto. Con lo cual, la modificación de este artículo cambia el paradigma de la visión médico rehabilitador de la discapacidad hacia la visión del modelo social. Y, por tanto, este artículo se encuentra conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 12 de la CDPD y a las obligaciones contraídas por el Perú, en su calidad de Estado parte.

“Artículo 43.- Los menores de dieciocho años pero mayores de doce años³⁰¹ tienen capacidad de ejercicio restringida para celebrar los actos jurídicos que les permiten el Código Civil o las leyes especiales³⁰²”.

La propuesta elimina la palabra “incapaces absolutos” y a la incapacidad como punto de referencia de Código Civil. La exposición de motivos del proyecto establece que, “existe la capacidad limitada absoluta o relativa. Sólo se puede limitar la capacidad

²⁹⁹ C.C. Art. 42.- Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.

³⁰⁰ Exposición de motivos del P.L. 2014. p. 62.

³⁰¹ En consonancia con el Código de los Niños y de los Adolescentes, que facultan al menor autorizado por sus padres a la celebración de contratos de trabajo desde dicha edad.

³⁰² C.C. Art. 43.- Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

de ejercicio. La incapacidad de goce es inaceptable por atentar contra la esencia y dignidad del hombre”³⁰³.

En ese contexto, el proyecto no contempla la posibilidad de privar de la capacidad de ejercicio, a quiénes “por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” como hace el Código civil vigente. Situación que, como antes se indicó, es notoriamente discriminatoria por razones de discapacidad. Por ello, la propuesta de reforma de este artículo se ajusta también a las disposiciones señaladas en el artículo 12 de la CDPD.

“Artículo 44.- Sólo por ley pueden establecerse restricciones a la capacidad de ejercicio de la persona humana. La discapacidad no comporta en ningún caso una restricción de la capacidad de ejercicio”³⁰⁴.

Con la propuesta de reforma este artículo se plantea la derogación total del actual régimen de incapacidad, al eliminarse también la referencia a la incapacidad relativa. Resulta interesante que la redacción de la propuesta de artículo no enumera, como tradicionalmente ocurre en los Códigos Civiles - a las personas que son excluidas de capacidad jurídica. Por el contrario, la Comisión consideró que sólo por Ley se establecería la posibilidad, debidamente justificada, de restringir capacidad jurídica a los individuos.

Además, la redacción propuesta establece, explícitamente, la salvaguarda de que la discapacidad no puede ser causal de denegación o limitación de capacidad de ejercicio. Por ende, esta propuesta es acorde con los lineamientos de igualdad y no discriminación por motivos de discapacidad; además de permitir el ejercicio de la capacidad jurídica y, por tanto, el igual reconocimiento ante la ley contemplado en el artículo 12 de la CDPD.

“Artículo 45.- Las personas con discapacidad pueden designar representantes o contar con apoyos de su libre y voluntaria elección según las disposiciones de este Código y de las leyes especiales”³⁰⁵.

³⁰³ Exposición de motivos del P.L. 2014. p. 62.

³⁰⁴ C.C. Art. 44.- Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurrn en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

³⁰⁵ C.C. Art. 45.- Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.

La propuesta de modificación del artículo 45 es de vital relevancia, porque cambia el paradigma de la sustitución en la toma de decisiones, propio del modelo médico rehabilitador basada en la representación forzosa de los “incapaces” por el modelo social, que propugna un sistema de apoyo. Consecuentemente, se estaría cumplimiento con la concepción plasmada en el artículo 12.3 de la CDPD.

De manera general se puede decir que, la propuesta de reforma posibilita en su artículo 141 que las personas con discapacidad puedan realizar actos jurídicos por sí mismas, debido que amplía los medios de manifestación expresa de la voluntad haciendo referencia al lenguaje de señas, medios electrónicos o digitales, entre otros. Además, remarca el derecho a la accesibilidad de las personas con discapacidad³⁰⁶.

Resulta interesante también, la propuesta de modificación del artículo 564, debido que el texto original consigna, dentro de las personas sujetas a curatela a las personas con discapacidad intelectual y mental. Sobre el particular, la propuesta de modificación del artículo 564³⁰⁷ contempla la eliminación de la figura jurídica denominada curatela y en su lugar plantea reconocer el derecho de las personas con discapacidad a “acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos que considere pertinentes para posibilitar su capacidad de ejercicio”.

La propuesta introduce los elementos de la capacidad jurídica, la voluntad en el contexto del ejercicio libre del derecho, así como, la concurrencia de apoyos, es decir, se señala expresamente la elección del apoyo libre y voluntario, con lo cual se acoge la disposición del artículo 12. 3 de la CDPD.

En ese contexto, el proyecto de reforma contempla el modelo social al establecer, en el artículo 565 un concepto de apoyos entendidos como “formas de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, y la manifestación de la voluntad”. Además, de acuerdo con el proyecto,

³⁰⁶ P.L. 2014. Art. 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, digital, electrónica, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando resulta de aquellos actos, por los cuales se pueda conocer con certidumbre la existencia de la voluntad. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

³⁰⁷ P.L. 2014. Art. 564.- La persona con discapacidad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos que considere pertinentes para posibilitar su capacidad de ejercicio.

será la persona con discapacidad, quién determinará la forma, alcance y duración del apoyo, que puede recaer en una o más personas, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, especializadas en la materia y debidamente registradas³⁰⁸. Se establece, también la obligación de garantizar la accesibilidad y ajustes razonables “que se requieran” para facilitar la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, como imperativo legal para las entidades públicas y privadas³⁰⁹.

Así las cosas, el proyecto de Ley hace referencia a que de manera excepcional el juez fijará los apoyos necesarios para el ejercicio y protección de sus derechos, cuando la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad³¹⁰ incluso cuando previamente se le han prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables. En estos casos, el juez determinará sobre quien recae el apoyo, el tipo de apoyo necesario, sus alcances y directrices, respetando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y atendiendo a su trayectoria de vida. Además, se establece que la persona con discapacidad puede negarse al apoyo en cualquier momento del proceso. Considero que, hay una buena intención de la Comisión en estas propuestas que incluyen, el respeto por la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad como salvaguardias o la negación al apoyo por la misma.

Se aprecia, del artículo segundo del proyecto de ley que se propone dejar sin efecto lo concerniente a la calidad de curadores legítimos de los directores de centros de internamiento, la facultad de designación de curador por parte de los padres o del consejo de familia, así como la autorización judicial para el internamiento forzoso por considerar que atenta contra la libertad y seguridad personal.

Así mismo, se plantea la derogación de los artículos referentes a la negación de la paternidad y maternidad que implicaban que el curador de un incapaz se convirtiera en tutor de los hijos de quién estaba sujeto a curatela, al pronunciamiento del juez respecto

³⁰⁸ P.L. 2014. Art. 566.- La persona con discapacidad determina la forma, alcance y duración del apoyo. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

³⁰⁹ P.L. 2014. Art. 567.- Las entidades públicas y privadas garantizan las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables que se requieran para facilitar la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad.

³¹⁰ P.L. 2014. Art. 569.- El juez puede determinar de modo excepcional los apoyos necesarios cuando la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad, incluso después de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y sea necesario para el ejercicio y protección de sus derechos. El proceso se inicia por una persona con legítimo interés o por el Ministerio Público. El juez debe determinar sobre quien recae el apoyo, el tipo de apoyo necesario, sus alcances y directrices, respetando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y atendiendo a su trayectoria de vida. La persona con discapacidad puede negarse al apoyo en cualquier momento del proceso.

a la declaración de interdicción de incapaz que fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél, a la retroactividad de la anulabilidad de los actos de la persona con discapacidad, a la legitimidad de cualquiera que pudiera tener interés para solicitar el procedimiento judicial de interdicción. Además, debido a que el proyecto contempla la derogación de la curatela y la interdicción, la rehabilitación, como figura jurídica que dejaba sin efecto la interdicción dejaría de existir. Todos estos artículos que se proponen derogar atentan contra las disposiciones del artículo 12 de la CDPD. En consecuencia, se comparte la opinión de la Comisión.

Se aprecia que el proyecto de Ley sólo contempla un artículo único en el apartado de disposición complementaria denominado “las salvaguardas” que señala que las mismas serán reguladas por las leyes de la materia de cada caso, pero no se refleja un concepto sobre esta figura.

Aunque el proyecto de ley materia de análisis presenta la derogación de la interdicción del Código Civil, lo cierto es que la regulación del procedimiento se encuentra en el Código Procesal Civil. Por ello se echa de menos que la reforma procesal no fuera contemplada, ni siquiera como una disposición complementaria ampliatoria, en las propuestas de revisión de la Comisión.

Finalmente, el proyecto de ley fue presentado ante el Congreso de la República del Perú, el 16 de junio del 2015. Posteriormente, fue derivado a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el 23 de junio 2015 y a la Comisión de Inclusión Social y Personas con Discapacidad el 23 de diciembre del 2015 para su estudio; sin embargo, de la ficha de seguimiento “Proyecto de Ley 04601/2014-CR” del Congreso de la República del Perú³¹¹ no se aprecia la emisión de los dictámenes de las comisiones precitadas exigidos para proseguir el trámite parlamentario de aprobación de ley. Esta circunstancia unida al hecho de que periodo de gobierno legislativo concluyo el 27 de julio de 2016 determinó que el proyecto de ley quedase paralizado.

³¹¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Ficha de Seguimiento “Proyecto de Ley 04601/2014-CR”. Disponible en : <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf/9817cee62ac9ee0a052578e100829cc4/0d9ff09f1f4f8fa705257e66005eb8e1?OpenDocument>

3.1.3. Proyecto de Ley N° 00872/2016-CR³¹²

El 12 de febrero de 2017 se presentó ante el Congreso de la República de Perú un nuevo proyecto de reforma más amplio que afectaba no sólo al Código civil sino también a otras leyes, el Proyecto de Ley N° 872/2016-CR “Proyecto de Ley que modifica el Código Civil³¹³, el Código Procesal Civil³¹⁴ y la Ley de Notariado³¹⁵ en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”.

En el análisis del nuevo proyecto de reforma, se plantean las siguientes modificaciones en relación con el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: en el ámbito del Código Civil, la modificación de 51 artículos, la adición de 4 artículos, y derogación de 30 artículos y 18 numerales concernientes a distintos artículos; en el Código Procesal Civil la modificación de 4 artículos, la adición de 6 artículos y la derogación de 5 artículos y en la Ley de Notariado la modificación de 3 artículos y derogación de un artículo respectivamente. Finalmente, se modifica un artículo del Código de Niños y Adolescentes.

El proyecto de ley de 2016 toma como base el proyecto de ley de 2014 por lo que también reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, plantea la eliminación del régimen de interdicción y la inclusión de un sistema de apoyos y salvaguardas. Por ello, con la finalidad de un mejor estudio, se precisarán las novedades que trae aparejadas este nuevo proyecto de Ley en relación con el anterior.

En el contexto descrito y siguiendo la metodología trazada en este apartado el estudio se centrará en los artículos 42, 43, 44 y 45 del Código Civil, sin que ello impida el análisis integral del nuevo proyecto de ley. Se debe decir que, los artículos 42 y 44 de la nueva propuesta de ley son los mismos artículos consignados en el anterior proyecto

³¹² COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL, Proyecto de Ley 00872/2016CR. Disponible en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0087220170112.pdf (último acceso: 20/05/2018)

³¹³ Código Civil del Perú, entró en vigor el 14 de noviembre de 1984. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf> (último acceso: 29/04/2018)

³¹⁴ Código Procesal Civil, entró en vigor el 23 de abril de 1993 Disponible en: <http://webapp.regionsanmartin.gob.pe/sisarch/LEGISLACION/7.%20OTRAS%20NORMAS/codigo-procesal-civil-per.pdf> (último acceso: 25/04/2018)

³¹⁵ Ley del Notariado, publicada el 26 de diciembre de 1992. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_per_leynotariado.pdf (último acceso: 10/04/2018)

de ley. Consecuentemente, la propuesta sigue siendo acertada y acoge las disposiciones del artículo 12 de la CDPD³¹⁶.

Respecto a la propuesta del artículo 43, mantiene la misma redacción que en el anterior proyecto de ley al contemplar que “Los menores de dieciocho años pero mayores de doce años tienen capacidad de ejercicio restringida para celebrar los actos jurídicos que les permiten el Código Civil o las leyes especiales”. Pero se adiciona expresamente “que las personas menores de doce años carecen de capacidad de ejercicio”, sin que, en la exposición de motivos del proyecto de Ley se señalen las razones por las cuales la Comisión considera importante tal adición.

Sobre el particular, considero que tal adición no se justifica y de hecho resulta impertinente para el cambio de paradigma que desea impulsar la CDPD respecto de la capacidad jurídica. A lo largo del capítulo II de este trabajo, se ha establecido que la capacidad jurídica tiene dos dimensiones la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

El cambio de paradigma establece que la persona, en general, es titular y ejerce el derecho a la capacidad jurídica, por el sólo hecho de ser persona. En ese sentido, la capacidad de goce es un derecho inherente a la persona sin importa su condición y, la capacidad de ejercicio implica ser titular del ejercicio del derecho y, cuando ello no sea posible por propia cuenta de la persona; será el Estado quién deberá brindar un sistema de apoyo con la finalidad que la persona tome decisiones en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En ese contexto, con la finalidad de aterrizar el artículo 12 de la CDPD en el Código Civil, se establece respecto de la capacidad de ejercicio una subdivisión considerándola plena y restringida. Para que, de aquella manera, la persona con discapacidad, -aunque sea en un caso extremo- posea capacidad de ejercicio restringido. Sin embargo, el nuevo proyecto involucra el ámbito de los menores de edad al señalar que “las personas menores de doce años carecen de capacidad de ejercicio”. Pareciera que la Comisión encargada del nuevo proyecto, emitiera un mensaje contraproducente al establecido por la CDPD, debido que establece un supuesto donde la persona no tiene capacidad de ejercicio. Por ello, en mi opinión la inclusión de la capacidad jurídica de la niñez es innecesaria. Además, pretende legislar en un ámbito que no le han brindado

³¹⁶ Al ser las mismas propuestas de artículo 42 y 44, los comentarios respecto a esos artículos se encuentran vertidos en el apartado 3.1.2

competencias como es el caso de la capacidad jurídica de los menores. Por tanto, considero, que el artículo de 43 del anterior proyecto de ley sería más acorde con los lineamientos establecidos en la CDPD.

Asimismo, respecto del artículo 45, el nuevo proyecto de ley mantiene la modificación del anterior consistente en eliminar la figura de la sustitución en la toma de decisiones realizada por los representantes legales. Sin embargo, se aparta de la redacción del anteproyecto porque no contempla sólo a la persona con discapacidad sino consigna “Toda persona mayor de edad que requiera asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica, puede designar representantes o contar con apoyos de su libre y voluntaria elección según las disposiciones de este Código y de las leyes especiales.”.

Aunque la propuesta del artículo 45 del proyecto de ley de 2014 acoge el artículo 12 de la CDPD, comparto la inclusión en el nuevo proyecto de ley de la frase “toda persona mayor de edad”, debido que a lo largo del capítulo II se ha señalado que el modelo social cuestiona el concepto de autonomía de la persona como una construcción social. En ese sentido, en esta investigación se ha defendido que el sistema de apoyos no sólo debería brindarse a las personas con discapacidad sino, llegar a un punto como meta, que el mismo se pueda brindar a todas las personas que lo requieran.

El nuevo proyecto de ley establece que la persona que requiera asistencia podrá designar personas de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica. Este acto se deberá realizar en una notaría o un juzgado de paz en el que se brinden medidas de accesibilidad y ajuste razonables³¹⁷. Además, aclara expresamente que los apoyos no tienen funciones de representación³¹⁸ y, establece más garantías en relación con el anterior proyecto de ley respecto de los casos excepcionales, en los cuales el juez determina los apoyos teniendo en cuenta la relación que exista con la persona con discapacidad, además se

³¹⁷ P.L. 2016. C.C. Art. 568.- **La persona mayor de edad que requiera asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica** puede designar ante una notaría o **gratuitamente** ante un juez de paz letrado una o más personas **de apoyo de su confianza**. Deben prestarse las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables necesarios para la realización de este acto. **El registro notarial o judicial de los apoyos debe ser accesible y en ningún caso significará un condicionamiento para el ejercicio de la capacidad jurídica.**

³¹⁸ P.L. 2016. C.C. Art. 566.- **La persona que solicita los apoyos** determina su forma, alcance y duración del apoyo. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas. **El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 569.**

podrán realizar diligencias para lograr la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, teniendo como referencia su trayectoria de vida³¹⁹.

Una novedad del nuevo proyecto de Ley es la adición de artículos al Código Civil referentes a que la persona con discapacidad siempre será responsable jurídico de las decisiones que asume, aunque tenga apoyos. Además, se establece una salvaguardia cuando el apoyo actúa indebidamente³²⁰. Se establece el concepto de apoyo bajo el amparo de lo establecido en el artículo 12.4 de la CDPD y se incorporan plazos para la revisión de los apoyos. Sin embargo, no se aprecia que se consigne un mecanismo para que terceros puedan impugnar una decisión adoptada por la persona encargada del apoyo, tal como, se ha señalado anteriormente y en base a lo establecido por la Observación General N° 1³²¹.

En ese orden de ideas, una segunda novedad es que el proyecto de ley plantea la posibilidad de que la persona con discapacidad planifique anticipadamente el apoyo³²², propuesta que se entiende es recogida de lo establecido en la Observación General N° 1³²³.

Una tercera novedad de este proyecto es que plantea la modificación del Código Procesal Civil proponiendo la eliminación de la palabra curatela por la designación de

³¹⁹ P.L. 2016. C.C. Art. 569.- El juez puede determinar de modo excepcional los apoyos necesarios **cuando una persona mayor de edad** se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad, **solo después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad**, y de habérsele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y sea necesario para el ejercicio y protección de sus derechos. El proceso **excepcional de determinación externa de los apoyos** se inicia por una persona con legítimo interés o por el Ministerio Público. El juez determina **la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre la persona con discapacidad**. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. **En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para lograr la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. La persona demandada puede negarse a la determinación judicial** de los apoyos en cualquier momento del proceso.

³²⁰ P.L. 2016. C.C. Art. 226-A.- La persona con discapacidad es responsable jurídica por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con apoyos. Si el apoyo actúa indebidamente, la persona con discapacidad tiene derecho a repetir contra él.

³²¹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 29.

³²² P.L. 2016. C.C. Art. 568-A.- Toda persona mayor de edad puede designar por escritura pública el o los apoyos que considere necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para su capacidad de ejercicio. Asimismo, la persona puede disponer en qué personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir. En la escritura pública debe constar el momento en que estas directivas entran en vigor.

³²³ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, CRPD/C/GC/1, párrafo 17.

apoyo, con la intención de tener un lenguaje más inclusivo³²⁴ y, el reemplazo del proceso de interdicción por un proceso no contencioso de “establecimiento de apoyos y salvaguardas para personas con discapacidad”³²⁵.

Además, el proyecto adiciona al Código Procesal Civil una previsión que establece que todos los actos procesales deben ser accesibles para las personas con discapacidad, de manera que pueda ejercer su capacidad jurídica y el derecho al acceso a la justicia contemplados en la CDPD en igualdad de condiciones³²⁶.

Igualmente, en la regulación del proceso de “establecimiento de apoyos y salvaguardas”, abordada en uno de los subcapítulos del nuevo proyecto de ley, se reconoce el legítimo interés de la persona con discapacidad a gestionar o administrar un sistema de apoyos. Consecuentemente, es la propia persona quien inicia el procedimiento y cuando no pueda expresar su voluntad, podrá realizarlo otras personas que tengan legítimo interés, de acuerdo con la valoración del juez³²⁷. Además, se establece, que la demanda que inicie el procedimiento judicial debe ser detallada en relación con el nombre sobre quién recae la figura del apoyo, las funciones de estos y los actos jurídicos sobre lo que recae y el tiempo de funcionamiento de los apoyos³²⁸. Con lo cual, las adiciones contempladas, están formuladas en términos conformes con el artículo 12 de la CDPD.

La cuarta novedad atañe a modificaciones de la Ley del Notariado, por ejemplo, el proyecto adiciona como obligación del notario la accesibilidad y ajustes razonables para las personas con discapacidad³²⁹ que permitan la eliminación de barreras en la realización y gestión de trámites. Además, se elimina del acápite pertinente al contenido

³²⁴ P.L. 2016. C.P.C. Art. 21.- En materia de patria potestad, tutela y designación de apoyos, se trate o no de asuntos contenciosos, es competente el Juez del lugar donde se encuentra la persona destinataria de la medida.

³²⁵ P.L. 2016. C.P.C. Art. 749.- Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos: (...) 13.El establecimiento de apoyos y salvaguardas para personas con discapacidad

³²⁶ P.L. 2016. C.P.C. Art. 119-A.- Todo acto procesal debe ser accesible a las partes. Las personas con discapacidad tienen derecho a contar con ajustes de procedimiento, adecuados a la edad, para facilitar su participación en todos los procedimientos judiciales.

³²⁷ P.L. 2016. C.P.C. Art. 841.- El establecimiento de apoyos y salvaguardas se inicia por petición de la propia persona con discapacidad. En casos donde sea imposible conocer la voluntad de la persona, incluso con las modificaciones, adecuaciones y ajustes en el proceso, la petición puede ser hecha por otras personas que tengan legítimo interés, de acuerdo a la valoración del juez.

³²⁸ P.L. 2016. C.P.C. Art. 843.- La demanda contiene indicaciones con respecto a quiénes serían las personas o instituciones que fungirían de apoyo, a qué actos jurídicos se restringiría y por cuánto tiempo van a operar.

³²⁹ P.L. 2016. L.N. Art. 16.- Obligaciones del Notario

(...)

o) Brindar las medidas de accesibilidad necesarias y los ajustes razonables que la persona con discapacidad requiera.

introdutorio de la escritura pública la frase “sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad” y adiciona, indicaciones de señalar los ajustes razonables y apoyos³³⁰.

En quinto lugar, el proyecto incursiona a modificar el Código de Niños y del Adolescentes³³¹, respecto del artículo 248.b con relación a la eliminación de la palabra “mental” que procedía luego de la frase “carecieran de las calidades morales o ...”³³² para evitar un lenguaje discriminatorio hacia las personas con discapacidad mental.

Igualmente, el proyecto de Ley establece dentro de sus disposiciones complementarias que los procesos de interdicción iniciados y los culminados serán reconvertidos en procesos de determinación de apoyos y salvaguardas³³³; además de apuntar lineamientos para proceder a la desinstitucionalización de las personas con discapacidad.

Respecto de las disposiciones complementarias transitorias, considero que la redacción es muy amplia y no contempla la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad de decidir si desean estar o continuar en un proceso de establecimiento de apoyos. Por la redacción pareciera que el cambio de sistema operaría de forma automática. Asimismo, resulta pertinente establecer disposiciones para eliminar la institucionalización contemplada en la Ley 29889 y la Ley 29973.

³³⁰ P.L. 2016. L.N. Art. 54.- Contenido de la Introducción de la escritura pública
La introducción expresará:

(...)

g) La indicación de intervenir una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que este sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigo.

(...)

k) La indicación de los ajustes razonables y los apoyos requeridos en el caso de personas con discapacidad.

³³¹ Código del Niño y del Adolescente, entró en vigor el 28 de junio de 1993. Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/mujer/CNA.HTM> (último acceso: 25/04/2018)

³³² P.L. 2016. C.N.A. Art. 248.- Casos

El Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando:

b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales necesarias para asegurar la correcta formación;

³³³ P.L. 2016. D.C. Segunda. - Sobre los procesos de interdicción

Los procesos de interdicción iniciados al momento de la entrada en vigor de la Ley, deben ser reconvertidos en procesos de determinación de apoyos y salvaguardas con las garantías que se establecen en esta ley.

P.L. 2016. D.C. Tercera. - Sobre la situación de las personas sometidas a interdicción
Las personas sometidas a interdicción al momento de la entrada en vigor de la Ley, se convierten en receptores de apoyos obligatorios del artículo 569. Las personas que lo deseen o sus actuales curadores pueden presentarse ante los jueces para modificar dicha situación jurídica.

El proyecto contempla en la segunda disposición complementaria final, la prohibición total de la interdicción y de su requerimiento. La prohibición expresa de la interdicción es importante y de gran calado en el cambio de paradigma de la visión de la discapacidad, de pasar el modelo médico rehabilitador al modelo social. Por lo tanto, la redacción acoge el artículo 12 de la CDPD, que reconoce y protege la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

Finalmente, el nuevo proyecto de ley fue presentado ante el Congreso de la República del Perú, el 12 de enero del 2017. Posteriormente, fue derivado a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el 13 de enero 2017 y a la Comisión de Inclusión Social y Personas con Discapacidad el 02 de mayo del 2017 para su estudio. En la actualidad, de acuerdo con la ficha de seguimiento “Proyecto de Ley 00872/2016-CR”³³⁴ del Congreso de la República del Perú, el mismo se encuentra en proceso de espera, debido que las Comisiones precitadas no han emitido los dictámenes favorables correspondientes que originarían su debate en el pleno parlamentario. Ciertamente, el proyecto de ley debería ser aprobado dentro del plazo máximo de 3 años, porque el periodo de gobierno legislativo culmina el 27 de julio del 2021. Caso contrario, se debería hacer un nuevo proyecto de ley que sea presentado ante el Congreso parlamentario periodo 2021-2026.

3.2. Valoración general de las iniciativas y propuestas de mejora

Luego de haber analizado los dos proyectos de ley presentados para la adaptación global de la legislación civil peruana a la Convención, cabe señalar, de manera general que ambos proyectos suponen un avance sustancial y profundo referente a la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Implican dejar de lado la concepción tradicional de esta materia propia del modelo médico rehabilitador y abren paso al modelo social, estableciendo el reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, especialmente intelectual y mental de acuerdo con las exigencias del artículo 12.

³³⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Ficha de Seguimiento “Proyecto de Ley 04601/2014.CR”. Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2016.nsf/641842f7e5d631bd052578e20058a231/87a6b2ddf9c178d3052580a6005f8043?OpenDocument>

Entre los rasgos positivos de las propuestas se aprecia que se elimina la incapacidad absoluta y relativa y las restricciones para celebración de actos jurídicos de las personas con discapacidad, se derogan la curatela como figura de sustitución y el proceso judicial de interdicción para establecer un “sistema de apoyos” con la finalidad de respetar voluntad de la persona.

Los apoyos se entienden como una forma de asistencia para la persona, con el propósito de que aquella comprenda los actos jurídicos y sus consecuencias. Consecuentemente, los apoyos deberán ser accesibles y, sólo en casos excepcionales cuando la persona se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad y, luego de haber prestado las medidas de accesibilidad y ajuste razonables, el juez podrá determinar la designación de apoyos.

Igualmente, se incluye la salvaguardia del respeto a la voluntad y preferencias de la persona, e incluso se señala que ésta puede negarse de recibir los apoyos y en los casos complejos, se deberá tener presente la mejor interpretación de la voluntad y las preferencias.

Evidentemente se ha avanzado en la concepción de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en estas propuestas. Sin embargo, me parece que habría algunos puntos que se podrían mejorar. En ese contexto, considero necesario que se consigne expresamente en el artículo 1 de los “principios de la persona” que todas las personas poseemos personalidad jurídica, debido que tal afirmación supone ser titulares de derechos y poder contraer obligaciones. Además, me parece que no se debería establecer nada referente a la capacidad jurídica del concebido, debido a que se trata de un tema muy polémico que podría detener la discusión de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

Asimismo, considero conveniente contemplar expresamente que la capacidad jurídica tiene dos dimensiones la capacidad de goce y ejercicio, y establecer el concepto de capacidad de ejercicio con la finalidad de que no exista confusión en la interpretación.

En el ámbito de los apoyos se debe remarcar que es la persona, quién adopta sus propias decisiones, que el sistema de apoyos considera el diseño universal y, que también se puede involucrar a los apoyos en los actos previos a la formación de la voluntad.

Igualmente, del análisis de los dos proyectos de reforma se aprecia que la redacción hace énfasis en ocasiones en la condición de la persona, entendiéndose el rasgo individual; cuando debería utilizar un lenguaje más inclusivo que se centre más en las necesidades de la persona y no tanto en los rasgos. En este sentido, es importante recordar, que también el lenguaje puede ser una barrera que perjudica y crea estereotipos en contra de las personas.

A continuación, y para cerrar este Capítulo, presentaré una propuesta concreta de redacción de los artículos del Código civil, del Código procesal civil y Ley del Notariado que se consideran más importantes en relación con el reconocimiento y protección de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. Esta propuesta permitirá también comparar los proyectos de ley analizados anteriormente. Para ello se han seguido los siguientes lineamientos: 1) El texto original de referencia es el resultado del Proyecto de Ley N° 04601/2014-CR, la primera propuesta. 2) El texto consignado en negrita es propio del Proyecto de Ley N° 00872/2016-CR, la segunda propuesta. 3) El texto tachado, se considera innecesario por contener una redacción poco inclusiva. Pudiendo ser propia de la redacción de la primera o segunda propuesta de proyecto de ley. 4) El texto en negrita y sombreado es la propuesta de redacción propia.

a) Código Civil

Libro I: Derechos de las personas

Sección Primera: Personas naturales

Título I: Principio de la persona

Artículo 1.- La vida humana comienza con la concepción. **Todas las personas poseen personalidad jurídica, lo que supone ser titulares de derechos y poder contraer obligaciones.** Todos los seres humanos tienen capacidad de goce desde su nacimiento. ~~Al~~ **El** concebido ~~se le reconoce capacidad jurídica~~ **es sujeto de derecho** en todo cuanto le ~~favorezca~~ favorece. Las atribuciones patrimoniales que se hicieran en su favor son eficaces desde su nacimiento.

Título V: ~~Capacidad e incapacidad del ejercicio~~ **(Capacidad jurídica)**

Artículo 42.- **La capacidad jurídica está conformada por la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La capacidad de ejercicio es el poder de tomar decisiones en**

nombre propio con la finalidad de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de la cuales la persona es titular. Toda persona humana mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio.

Artículo 43.- Los menores de dieciocho años, pero mayores de doce años tienen capacidad de ejercicio restringida para celebrar los actos jurídicos que les permiten el Código civil o las leyes especiales.

Artículo 44.- Sólo por ley pueden establecerse restricciones a la capacidad de ejercicio de la persona humana. La discapacidad no comporta en ningún caso una restricción de la capacidad de ejercicio.

Artículo 45.- Toda persona mayor de edad que requiera asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designar representantes o contar con apoyos de su libre y voluntaria elección según las disposiciones de este Código, **el Código procesal civil** y de las leyes especiales.

Artículo 46.- Tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad

Libro II: Acto jurídica

Título I: Disposiciones generales

Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, **digital, electrónica, mediante la lengua de señas, expresiones faciales y/o corporales** o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando resulta de aquellos actos, por los cuales se pueda conocer con certidumbre la existencia de la voluntad. Los servicios que utilizan medios electrónicos para la manifestación de la voluntad tienen la obligación de ser accesibles, **contemplar el diseño universal y los ajustes razonables para las personas con discapacidad.** No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario. **En el caso de las personas, a quiénes luego de haberse realizado todos los esfuerzos considerables para obtener una declaración expresa, a efectos de este Código, se considera, la mejor interpretación de la voluntad y las preferencias como**

manifestación expresa de la voluntad. ~~La mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad luego de haber realizado esfuerzos considerables por obtener una declaración expresa se considera, a efectos de este Código, manifestación expresa de la voluntad.~~

Libro III: Derecho de familia

Sección Cuarta: Amparo familiar

Título II: Instituciones supletorias de amparo

Capítulo Segundo: Curatela **(De los apoyos)**

Artículo 564.- La persona mayor de edad que requiera asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica puede acceder de manera **sencilla**, libre y voluntaria a los apoyos que considere pertinentes para posibilitar su capacidad de ejercicio.

Artículo 565.- Los apoyos son formas de asistencia **libremente elegidos por una persona mayor de edad para tomar sus propias decisiones**, facilitar el ejercicio de sus derechos y **conseguir la igualdad en la capacidad jurídica**. Se incluye el apoyo en la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos, **en los actos previos a la formación de la voluntad** y sus consecuencias, y la manifestación de la voluntad.

Artículo 566.- La persona que solicita los apoyos determina su forma, alcance, duración **y de ser el caso las funciones** del apoyo. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas. **El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 569.**

Artículo 568.- La persona mayor de edad que requiera asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designar ante una notaría o **gratuitamente** ante un juez de paz letrado una o más personas **de apoyo de su confianza**. Deben prestarse las medidas de accesibilidad, **diseño universal** y los ajustes razonables necesarios para la realización de este acto. **El registro notarial o judicial de los apoyos debe ser accesible, con diseño universal** y en ningún caso significará un condicionamiento para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Artículo 569.- El juez puede determinar de modo excepcional los apoyos necesarios cuando una persona mayor de edad se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad, solo después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad, ~~y de habersele prestado~~ **contemplando** las medidas de accesibilidad, **diseño universal** y ajustes razonables. **El juez debe dejar constancia del inminente daño que motive la designación de apoyos** sea necesario para el ejercicio y protección de sus derechos. El proceso **excepcional de determinación externa de los apoyos** se inicia por una persona con legítimo interés o por el Ministerio Público. El juez determina **la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre la persona con discapacidad con la persona que necesite el apoyo.** Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para lograr la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. La persona demandada puede negarse a la **determinación judicial** de los apoyos en cualquier momento del proceso.

Libro IV: Derecho de Sucesiones

Sección Segunda: Sucesión Testamentaria

Título II: Formalidades de los Testamentos

Capítulo Segundo: Testamento en Escritura Pública

Artículo 696.- Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son: (...) 2.- ~~Que~~ El testador expresa por sí mismo su voluntad o, ~~tratándose de una persona con discapacidad,~~ con la asistencia de apoyos, si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe **contener.** (...) 6.- ~~Que,~~ Durante la lectura, al fin de cada cláusula, se **debe** ~~verifique~~ **verificar** si el contenido corresponde a la expresión de la voluntad **del testador, en el caso que lo requiera.** Si el testador fuera una persona con discapacidad, Podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de intérpretes o apoyos. (...) 9.- **Que,** En los casos en que el apoyo ~~de la persona con discapacidad~~ sea un beneficiario, se requerirá el consentimiento del juez que aprobó la medida de apoyo. **El mismo requerimiento se aplicará cuando exista pluralidad de apoyos.**

Sección Tercera: Actividad Procesal

Título VIII: Medios Probatorios

Capítulo IV: Declaración de Testigos

Artículo 226-A.- **Toda persona humana** ~~La persona con discapacidad~~ es responsable jurídica por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con apoyos. Si el apoyo actúa indebidamente **contra la persona que asiste, la persona perjudicada** ~~con discapacidad~~ tiene derecho a repetir contra él.

Sección Quinta: Procesos Contenciosos

Título IV: Proceso Cautelar

Capítulo II: Medidas Cautelares específicas

Artículo 565-A.- Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, y prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos.

La persona que solicita el apoyo o el juez interviniente en el caso del artículo 569 establecen las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto, **teniendo presente la voluntad y preferencias de quién recibe apoyo**, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos. El juez realiza todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona. **Cualquier persona con legítimo interés podrá justificadamente impugnar ante el juez que estableció el apoyo, una decisión adoptada por este.**

Artículo 568-A.- Toda persona mayor de edad puede designar por escritura pública **o ante el juez**, el o los apoyos que considere necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para su capacidad de ejercicio. Asimismo, la persona puede disponer en qué personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir. En la escritura pública debe constar el momento en que estas directivas entran en vigor.

b) Código Procesal Civil

Sección Primera: Jurisdicción, Acción y Competencias

Título II: Competencia

Capítulo I: Disposiciones Generales

Artículo 21.- En materia de patria potestad, tutela y **establecimiento de apoyos y salvaguardas** ~~designación de apoyos~~, se trate o no de asuntos contenciosos, es competente el Juez del lugar donde se encuentra la persona destinataria de la medida.

Sección Sexta: Procesos No Contenciosos

Título I: Disposiciones Generales

Artículo 749.- Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos:
(...)

13.El establecimiento de apoyos y salvaguardas (.) ~~para personas con discapacidad~~

Sección Tercera: Actividad Procesal

Título I: Forma de los Actos Procesales

Capítulo I: Actos Procesales del Juez

Artículo 119-A.- Todo acto procesal debe ser accesible a las partes. **La judicatura tiene la obligación con la persona que lo necesite, de realizar los ajustes razonables en las actuaciones procesales** ~~Las personas con discapacidad tienen derecho a contar con ajustes de procedimiento~~, adecuados a la edad, para facilitar su participación en todos los procedimientos judiciales.

Título II: Establecimiento de apoyos y salvaguardas

Artículo 841.- El establecimiento de apoyos y salvaguardas se inicia por petición de la propia **persona que lo necesita** ~~persona con discapacidad~~. En casos donde sea imposible conocer la voluntad de la persona, incluso con las modificaciones,

adecuaciones y ajustes en el proceso, la petición puede ser hecha por otras personas que tengan legítimo interés, de acuerdo con la valoración del juez.

Artículo 842.- El juez realiza todas las modificaciones, adecuaciones y ajustes en el proceso para garantizar la expresión de la voluntad de la persona ~~con discapacidad~~

Artículo 843.- La demanda contiene indicaciones con respecto a quiénes serían las personas o instituciones que fungirían de apoyo, a qué actos jurídicos se restringiría, **de ser el caso las funciones a realizar** y por cuánto tiempo van a operar.

Artículo 844.- La resolución final debe indiciar quiénes serían las personas o instituciones de apoyos, a qué actos jurídicos se restringiría, por cuánto tiempo van a operar, **las funciones a realizar** y cuáles son las medidas de salvaguarda, de ser necesarias. Tal resolución se inscribe en el Registro Personal.

Artículo 845.- En los casos en que sea imposible conocer la voluntad de la persona **y luego de haberse realizado todos los esfuerzos considerables para obtener una declaración expresa,** el juez o notario deberá seguir lo prescrito en el artículo 569 del Código Civil.

c) Ley del Notariado

Título I: Del notariado y de la función notarial

Capítulo III: De lo deberes del notario

Artículo 16.- Obligaciones del Notario

(...)

o) Brindar las medidas de accesibilidad necesarias, **con diseño universal** y los ajustes razonables de la persona ~~con discapacidad~~ requiera **para el ejercicio de su capacidad jurídica.**

Título II: De los instrumentos públicos notariales

Capítulo I: Disposiciones generales

Artículo 30.- Aplicación de Otros Idiomas

Cuando alguno de los interesados no conozca el idioma usado en la extensión del instrumento, el notario exigirá la intervención de intérprete, nombrado por la parte que ignora el idioma, el que hará la traducción simultánea, declarando bajo su responsabilidad en el instrumento público la conformidad de la traducción.

De igual modo, cuando la persona interesada necesite un interprete en lenguaje de señas o un guía interprete, la notaria debe brindar el especialista. Se debe asegurar la intervención de un intérprete de señas o un guía intérprete en caso de personas sordas o sordociegas, de ser necesario. La persona que realiza la traducción simultánea declarará bajo responsabilidad en el instrumento público la conformidad de la traducción.

El notario a solicitud expresa y escrita del otorgante insertará el texto en el idioma del interesado o adherirlo, en copia legalizada notarialmente, al instrumento original, haciendo mención de este hecho. **En los casos que, la persona interesada requiera un interprete en lenguaje de señas o un guía interprete, siempre deberá constar el hecho en la minuta notarial y posterior escritura pública.**

Como se ha comprobado la regulación civil de la capacidad jurídica vigente en Perú se enfrenta radicalmente con las exigencias del artículo 12 de la Convención.

Por ello, la reforma de esta materia, iniciada con la aprobación de la Ley General de la persona con discapacidad, Ley N° 29973 y continuada por los proyectos de Leyes Nros. 04601/2014-CR y 00872/2016-CR no debe postergarse más tiempo.

CONCLUSIONES

1. Las violaciones de derechos humanos dirigidas a las personas con discapacidad a través de políticas públicas paternalistas por parte de los Estados, generó como respuesta de la comunidad internacional defensora de los Derechos Humanos, la adopción de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que implica romper viejos paradigmas respecto al tratamiento de la discapacidad y reconocer que la persona con discapacidad es un sujeto de derechos. Para hacer realidad este cambio es esencial el reconocimiento de la igual capacidad jurídica como requisito básico para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.
2. Los modelos de tratamiento de la discapacidad: prescindencia y médico rehabilitador, establecen la discapacidad como un rasgo individual de la persona que la considera prescindible o que la concibe como objeto de protección, asistencia y cuidado. Es el modelo social el que reconoce a la persona con discapacidad como sujeto de pleno goce y ejercicio de derechos. Conocer la visión de cada uno de los modelos de tratamiento de la discapacidad presentados resulta importante, debido que cada uno influye de manera distinta en la concepción que adopte un Estado respecto de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. En consecuencia, el modelo adoptado se verá reflejado, posteriormente, en las normas, políticas públicas, sentencias judiciales, doctrina académica, y como en el caso particular, en la reforma legislativa.
3. La Convención cambia el rumbo en la mirada de la discapacidad. Asumiendo el enfoque de derechos y el modelo social, plantea una nueva visión, un nuevo propósito y contempla principios en el marco de la dignidad e igualdad y no discriminación. No sólo exige a los Estados eliminar todo acto discriminatorio, sino, que adopte acciones pertinentes para que las personas con discapacidad participen en la sociedad y que se haga efectivo el goce y ejercicio de sus derechos.
4. El artículo 12 es el catalizador del cambio de paradigma que pretende la Convención en tanto la capacidad jurídica es la puerta de acceso al ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones, con los demás. Reconoce que todas las

personas con discapacidad son sujetos de derechos y por tanto gozan de plena capacidad para el ejercicio de derechos. Por ello, el artículo 12, es clave para migrar de la visión de un modelo médico rehabilitador a un modelo social de la discapacidad.

4.1 El artículo 12 reconoce en su primer inciso la personalidad jurídica de la persona con discapacidad lo que implica reconocer su estatus de persona. Su importancia radica en ser una condición previa al goce y ejercicio de los derechos. La negación de la personalidad jurídica implicaría considerarla como un objeto de protección y justificar la limitación o restricción de derechos.

4.2 Por su parte, el artículo 12.2 contempla el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica, en sus dos dimensiones, capacidad de ser titular de derechos y capacidad de ejercicio de los derechos. El reconocimiento de este derecho supone que la capacidad jurídica, en cualquiera de sus dos facetas, no puede ser nunca anulada o restringida por motivos de discapacidad. De este modo, las diferencias en la capacidad mental que pueden presentar algunas personas con discapacidad no pueden dar lugar a la denegación de la capacidad jurídica – que se reconoce como universal.

4.3 El sistema de apoyo en la toma de decisiones como complemento esencial del reconocimiento de la igual capacidad jurídica, es la respuesta que brinda la Convención – artículo 12.3 - a las políticas paternalistas que suponen la figura de la representación legal, proceso de interdicción o incapacitación, entre otros, basados en el modelo de sustitución en la toma de decisiones para denegar o restringir la capacidad de las personas con discapacidad.

4.4 Según el artículo 12.4 el ejercicio de la capacidad jurídica es indispensable garantizar que se respete la voluntad y las preferencias de la persona y que se eviten los abusos y las influencias indebidas. Esta nueva exigencia cambia la visión de decidir al amparo de “su mejor interés o en su beneficio”, por un nuevo enfoque que contempla la “mejor interpretación posible de la voluntad

y las preferencias” apelando de ser el caso a la trayectoria de vida de la persona.

4.5 El artículo 12.5 de la Convención remarca que el ejercicio de la capacidad jurídica implica también el ejercicio de los derechos patrimoniales, ámbitos en los que generalmente se excluye a la persona con discapacidad. En ese sentido, los Estados deben reformar toda legislación que impida su participación y adoptar medidas de inclusión que permita el goce pleno y ejercicio de derechos de la persona con discapacidad en esta materia.

4.6 Aunque frente a la aplicación del nuevo modelo de la Convención se plantean objeciones basadas en la existencia de casos difíciles, es posible responder a los desafíos que plantean estos casos sin abandonar el modelo de la Convención.

5. El artículo 12 obliga a revisar la regulación tradicional de la capacidad jurídica en las legislaciones civiles basada en la imitación o restricción de la capacidad jurídica, la toma de decisiones por un tercero y la protección del mejor interés.
6. En el Perú, sigue imperando la visión de la discapacidad del modelo médico rehabilitador como se plasma en la propia Constitución. Esta visión está también presente en el tratamiento de la capacidad jurídica en la legislación civil que responde al viejo paradigma que la Convención intenta superar.
7. El tratamiento de la capacidad jurídica en la legislación civil demuestra la existencia de la concepción del modelo médico rehabilitador cuando establece la incapacidad jurídica absoluta y relativa como supuestos para denegar o delimitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; así como, la sustitución en la toma de decisiones a través de una institución jurídica denominada “Curatela” y la aplicación de regímenes de interdicción o declaratoria de incapacitación que generan la muerte civil de la persona con discapacidad porque afecta a la realización de todo tipo de actos jurídicos y al ejercicio de derechos fundamentales.

8. Desde la aprobación de la Convención y especialmente desde que el Comité adoptó sus Observaciones finales sobre la aplicación de la Convención en Perú, se han planteado diversas iniciativas para adaptar la legislación civil a los mandatos del artículo 12. Sin embargo, la única iniciativa aprobada – Ley General de la persona con discapacidad, Ley N° 29973- resultó claramente insuficiente. En la actualidad está pendiente de aprobación el proyecto de ley N° 00872/2016-CR - basado en un proyecto de Ley anterior N° 04601/2014-CR que decayó – que si bien es susceptible de mejora contiene las claves del nuevo modelo de la Convención: igual capacidad jurídica (eliminando los casos de incapacidad absoluta y relativa y el proceso de interdicción), apoyos en la toma de decisiones (eliminando la cutarela) y respeto de la voluntad y preferencias. Con ello reconoce a las personas con discapacidad como sujetos con pleno goce y ejercicio de su capacidad jurídica.
9. La reforma de la legislación nacional de Perú respecto de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe realizarse con carácter urgente, debido a que el incumplimiento y omisión de las obligaciones internacionalmente asumidas en materia de capacidad jurídica genera una flagrante vulneración de los derechos de las personas con discapacidad que siguen privadas de su ejercicio.

REFERENCIAS

Bibliografía

- ABAD YUPANQUI, S., “Discapacidad, derechos humanos y reforma del Código Civil” en GRANDEZ CASTRO, P. (coord.) *Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional*, Palestra, Lima, 2016, pp.81-106.
- AGUADO DÍAZ, A., *Historia de las deficiencias*, Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, Madrid, 1995.
- AÑON ROIG, MJ., *Necesidad y derecho. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- ARISTÓTELES, *Política*, trad. de MARÍAS, J., y ARAUJO, M., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2005.
- ARREDONDO BASTIDAS, M., “Esterilizaciones Forzadas En Las Mujeres Con Discapacidad Intelectual En El Perú A La Luz De La Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad: Un Análisis A Las Políticas Públicas”, comunicación presentada en el Cuarto Congreso Internacional "El tiempo de los derechos", 6 y 7 de noviembre de 2017, Getafe - Madrid. Disponible en: <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2018/02/wp14-esterilizaciones-forzadas.pdf>
- ARSTEIN-KERSLAKE, A. y FLYNN, E., “The Right to Legal Agency: Domination, Disability and the Protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *International Journal of Law in Context*, vol. 13, núm. 1, 2017, pp. 22–38.
- “The General Comment in Article 12 of the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality before the Law”, *International Journal of Human Rights*, vol. 20, núm. 4, 2016, pp. 471–490.
- BACH, M. y KERZNER, L., “A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity”, paper prepared for the Lay Commission from Ontario, October 2010, p. 39 y ss, Disponible en: <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf>
- BARIFFI, F., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, CERMI, Fundación Derecho y Discapacidad, CINCA, Madrid, 2014.
- “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU” en PÉREZ BUENO., L.C., (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 353-390.
- “Capacidad jurídica y discapacidad: una visión del Derecho comparado” en PALACIOS, A. y BARIFFI, F. (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediar, Buenos Aires, (en prensa).

- BARNES, C., *Disabled People in Britain and Discrimination. A case for Antidiscrimination Legislation*, Hurst and Company, London in association with the British Council of Organizations of Disabled People, United Kingdom, Third Edition, 2000.
- BARRANCO AVILES M.C., *Diversidad de situaciones y universalidad de derechos*, Dykinson, Madrid, 2011.
- BARTLETT, P., “Implementing a Paradigm Shift: Implementing the CRPD in the Context of Mental Disability Law” en *Torture in Healthcare Settings: Reflections on the Special Rapporteur on Torture’s 2013 Thematic Report*, Centre for Human Rights and Humanitarian Law American University Washington College of Law, Washington, 2014, pp. 169–180.
- BRAUDEL, F., *Las civilizaciones actuales. Estudio de historia económica y social*, Tecnos, Madrid, 1966.
- BRISENDEN, S., “Independent Living and the Medical Model of Disability”, *Disability, Handicap & Society*, vol.1, núm.2. 1986, pp. 173–178.
- BROGNA, P., *Visiones y revisiones de la discapacidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012.
- CAMPOY CERVERA, I., “La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución española de 1978”, CAMPOY, I., y PALACIOS, A., (cords.) en *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentinas*, Dykinson, Madrid, 2007, p.147.
- *La fundamentación de los derechos del niño: modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006.
- CARRETERO PASÍN, E., “Reacciones a la modernidad. Una lectura de las respuestas de lo social al ejercicio del poder”, en *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas de la Universidad Complutense de Madrid*, num.7, Madrid, 2007.
- CORNEJO CHAVEZ, H., *Derecho familiar peruano*, Studium, Lima. 1967.
- COURTIS, C., “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la ley 51/2003”. *Revista de jueces por la democracia*, núm. 51, 2004. pp. 7-14.
- CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2012.
- “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, en *REDUR 10*, 2012, pp. 71-72.
- “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 158, 2012, pp. 116-117.

- “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: El art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, en *DERECHOS Y LIBERTADES*, núm. 24, 2011, pp. 221-257.
- DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 16-17.
- “Sobre capacidad jurídica” en BARIFFI, F., y PALACIOS, A., (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, EDIAR, Buenos Aires, 2012.
- “Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxitos”. *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2011.
- “Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”, en CAMPOY, I., y PALACIOS, A., (eds.), *Igualdad, No discriminación y Discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2007.
- *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"*. Dykinson, Madrid, 2007.
- “La incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder”, en CAMPOY, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 68.
- DE ASÍS, R., BARIFFI, F. y PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos” en DE LORENZO, R. y PÉREZ, L.C., (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 90.
- DE ASÍS, R., AIELLO, A. L., BARIFFI, F., CAMPOY, I. y PALACIOS, A., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid, 2005.
- DE BHAILÍS, C. y FLYNN, E., “Recognising Legal Capacity: Commentary and Analysis of Article 12 CRPD”, *International Journal of Law in Context*, vol. 13, núm. 1, 2017, pp. 6-21.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
- DE LA TORRE DÍAZ, J. y PEREZ MARÍN, J., *Autonomía personal y atención a la dependencia*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009.
- DHANDA, A., “Conversations between the Proponents of the New Paradigm of Legal Capacity.” *International Journal of Law in Context*, vol. 13, núm. 1, 2017, pp. 87-95.
- “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar of the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 2, vol. 34, 2007, pp. 429-462.
- *Advocacy Note on Legal Capacity*, World Network of Users and Survivors of Psychiatry, Odense, 2003-2004.
- DWORKIN, G., “Paternalism”, en BETEGON, J., y DE PARAMO, J.R. (eds.). *Derecho y moral*. Ensayos analíticos, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, p.61.

- ESPINOZA ESPINOZA, J., *Derecho de las personas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- “Supuestos de incapacidad relativa de ejercicio” en AAVV, *Código Civil. Comentado. Tomo I*, Gaceta Jurídica, 3º ed., Lima, 2010, p. 43.
- *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Grijley, Lima, 1998.
- ESQUIVEL, J., “La persona Jurídica”, en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 34-35.
- ETXEBERRÍA, X, *La condición de ciudadanía de las personas con discapacidad intelectual*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Derecho privado romano*, Ed. Iustel, 2009. Madrid.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS., *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano*, GRIJLEY, Lima, 2007.
- FERREIRA VÁZQUEZ, M.A., “Modernidad, individuo y diversidad funcional: Una infundamentación ética”, en *Intersticios Revista Sociológica de Pensamiento crítico*, vol. 2, 2008, p.4.
- FLYNN, E. y ARSTEIN-KERSLAKE, A., “State Intervention in the Lives of People with Disabilities: The Case for a Disability Neutral Framework”, *International Journal of Law in Context*, vol. 13, núm. 1, 2017, pp. 39–57.
- “The Support Model of Capacity: Fact, Fiction or Fantasy?”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 32, núm. 1, 2014, pp. 124–143.
- “Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity”, *International Journal of Law in Context*, vol. 10, núm. 1, 2014, pp. 81–104.
- FOUCAULT, M., *Historia de la locura en la época clásica*, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1997.
- FUSTEL DE COULANGES, N.D., *La ciudad antigua*, trad. de DIAMANTE, C., Colección Obras Maestras, Barcelona, 1971.
- GARCÍA ALONSO, J.V., *El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2003.
- GARCÍA EGEA C. y SÁNCHEZ SARABIA A, “Visión y modelos conceptuales de la discapacidad”, *Polibea*, núm. 73, 2004, pp.29-42.
- GARLAND, R., *The eye of the beholder. Deformity & Disability in the Graeco—Roman world*, Duckworth, London, 1995.
- GEREMEK, B., *El marginado*, en LE GOFF, J., *El hombre medieval*, trad. de MARTÍNEZ, J., Alianza, Madrid, 1990.
- GIMÉNEZ GLUCK, D., “Principio de igualdad de trato por razones de discapacidad en el ordenamiento Europeo y Español”, en PÉREZ BUENO, L. C., (coord.), *Hacia una*

- derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters. Aranzadi, Pamplona, 2009, p.223.
- GONZÁLEZ, A., *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Comisión nacional de Derechos humanos, México, 2010.
- GOODING, P., “Navigating the Flashing Amber Lights of the Right to Legal Capacity in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Responding to Major Concerns”, *Human Rights Law Review*, vol. 15, núm. 1, 2015, pp. 45–71.
- HENDRIKS, A. y DEGENER, T., “The Evolution of a European Perspective on Disability Legislation”, *European Journal of Health Law*, 1994, p. 346.
- HOFFMAN, I. y KÖNCZEI, G., “Legal Regulations Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civil Code”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 33, 2011, pp. 143–172.
- KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, trad. de GARCIA. M., Ed, Encuentro opúsculo philishopia, Madrid, 2003.
- KAYESS, R. y FRENCH, P., “Out of Darkness in to Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review*, vol. 8, núm.1, 2008, pp. 1–34.
- LEON HURTADO, A., *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- LÓPEZ GUERRA, L., *Derecho Constitucional Volumen I. Ordenamiento Constitucional Derechos y Deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MCSHERRY, B., “Legal Capacity Under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Journal of Law and Medicine*, vol. 20, 2012, pp. 22–27.
- MÉGRET, F., “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?”, *Human Rights Quarterly*, vol. 30, núm. 2, 2008, pp. 494–516.
- MINKOWITZ, T., “CRPD and Transformative Equality.” *International Journal of Law in Context*, vol. 13, núm. 1, 2017, pp.77–86.
- “CRPD Article 12 and the Alternative to Functional Capacity: Preliminary Thoughts Towards Transformation”, published on academia.edu, 2013, pp. 1-17. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2371939
- “CRPD Advocacy by the World Network of Users and Survivors of Psychiatry: The Emergence of a User/Survivor Perspective in Human Rights”, Center for the Human Rights of Users and Survivors of Psychiatry, 2012 Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2326668>
- “Norms and Implementation of Article 12CRPD”, Center for the Human Rights of Users and Survivors of Psychiatry, Chestertown, 2010, pp.1-8. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037452

- “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions” *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006, p.408.
- MINOW, M., *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Ithaca, Cornell University Press, London, 1990.
- MONTORO MARTÍNEZ, J., *Los ciegos en la historia*, Tomo I, ONCE, Madrid, 1991.
- MORRIS, J., *Encuentros con desconocidas. Feminismo y discapacidad*, Narcea, Madrid, 1996.
- NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised edition, Kehl am Rhein, N.P. Engel Publisher, 2005.
- OLIVER, M., *Understanding Disability. From theory to practice*, Palgrave, Malasia, 1996.
- *The Politics of Disablement*, Macmillan Press, Hong Kong, 1990.
- PALACIOS, A., “Una Introducción al Modelo Social de Discapacidad y su reflejo con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en SALMON, E., (coord.), *Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, p.16.
- *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección CERMI, Cinca, Madrid, 2008.
- PALACIOS, A. y BARIFFI F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones CINCA, Madrid, 2007.
- PALACIOS, A., y ROMANACH, J., *El modelo de la diversidad. La bioética y lo Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas – AIES, Madrid, 2006.
- PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universal Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A., *Dimensiones de la Igualdad*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid, 2005.
- PROTÁGORAS, GORGIAS, *Carta Séptima, Introducción*, trad. de MARTÍNEZ GARCÍA, J., Alianza, Madrid, 1998.
- PUIG DE LA BELLACASA, R., *La discapacidad y la rehabilitación en Juan Luis Vives. Homo homini par*, Real Patronato de Prevención y atención de personas con minusvalía, Madrid, 1993.
- QUINN, G., “From civil death to civil life perspectives on supported decision-making for persons with disabilities”, paper presented at the Tbilisi State University Georgia, 20 december, 2015. Disponible en:

<https://www.nuigalway.ie/media/centrefordisabilitylawandpolicy/files/archive/Tbilisi-State-University-Talk-GQfinal-Dec-2015.pdf>

- “Personalidad y Capacidad Jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD”, trad. de Serra, M.L., en PALACIOS, A. y BARIFFI, F. (eds.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, EDIAR, Buenos Aires, 2012.
- “A Short Guide to the United Nations Convention on the Right of Persons with Disabilities”, en QUINN, G., y WADDINGTON, L., (eds.), *European Yearbook of Disability Law*, Intersentia, Antwerp, 2009, pp. 89–114.
- “An ideas paper on Legal Capacity”, paper presented at the Seminar on Legal Capacity, European Foundation Center, Bruselas 4 June 2009, Disponible en: <https://www.inclusionireland.ie/sites/default/files/attach/basic-page/846/anideaspaperbygerardquinnjune2009.pdf>

SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *La capacidad jurídica. Fundamentos de conocimiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2005.

SCHEERENBERGER, R. C., *Historia del retraso mental*, trad. de VILLENA, I., Real Patronato de Educación y Atención a Deficientes, Servicio Internacional de Información sobre Subnormales, San Sebastián, 1984.

SENDRAIL, M., *De los monstruos a los Dioses*, Archivos Iberoamericanos de Historia de la Medicina, Vol. IV, Fasc. II; julio-diciembre de 1962.

SERIES, L., “Relationships, Autonomy and Legal Capacity: Mental Capacity and Support Paradigms”, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol.40, 2015, pp. 80–91.

SERRA, M.L., *Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional*, dykinson, Madrid, 2017.

SHAPIRO, J., *No Pity, People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement*, Times Books, Random House, New York, 1994.

SILVERS, A y FRANCIS, L.P., “Thinking about the good: reconfiguring liberal metaphysics (or not) for people with cognitive disabilities”, en *The Authors Metaphilosophy*, LLC and Blanckwell Publishing Ltd., vol. 40, núm. 3-4, 2009. pp.475-498.

STIKER, H.J. *History of Disability*, trad. de SAYERS, W., ARBOR, A., The University of Michigan, United States of American, 1999.

TAMAYO Y SALMORÁN R., “Sujeto de derecho”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Distribuciones fontamara, Itam, México, 1995 pp. 176 y 177.

VAZQUEZ-BARQUERO, J., *Clasificación Internacional del Funcionamiento de la discapacidad y de la salud*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2001.

YOUNG, I., *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de ÁLVAREZ S., Ediciones Cátedra Universitat de València, Instituto de la Mujer, Madrid, 2000.

Informes

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, RED IBEROAMERICANA DE EXPERTOS EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (coord.) Informe elaborado dentro del Programa El Tiempo de los derechos, núm.23, Consolider-Ingenio 2010, en el marco del Proyecto “Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales”. Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14183/informe_TD_23.pdf?sequence=1&isAllowed=y (último acceso: 10/02/2018)

INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE, “Opinión Legal sobre el Artículo 12 de la CDPD”, 2010. Disponible en: <http://www.internationaldisabilityalliance.org/es/node/212> (último acceso: 09/03/2018)

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Propuesta de reforma del Código Civil en relación al reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad*, Lima, 2014.

Documentos Normativos

COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL, Proyecto de Ley 00872/2016CR. Disponible en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0087220170112.pdf (último acceso: 20/05/2018)

— Proyecto de Ley 04601/2014-CR. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/dff31fef3f6852be05257e22000b22a3/3f694eedcfe9a05305257e6600678640/\\$FILE/PL0460120150616.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/dff31fef3f6852be05257e22000b22a3/3f694eedcfe9a05305257e6600678640/$FILE/PL0460120150616.pdf) (último acceso: 20/05/2018)

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General nº 6, CRPD/C/GC/6. Adoptada el 09/03/2018 en el período de sesiones 14 de febrero a 9 de marzo de 2018, publicado el 26/04/2018. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/6&Lang=en (último acceso: 10/05/2018)

— Observación General nº 1, CRPD/C/GC/1. Adoptada el 11/04/2014 en el período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014, publicado el 19/05/2014. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en (último acceso: 25/05/2018)

— Observaciones Finales del Comité a Perú CRPD/C/PER/CO/1 del 16 de mayo de 2012. El Comité examinó el informe inicial del Perú en sus sesiones 66ª y 67ª,

celebradas el 17 de abril de 2012. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/PER/CO/1&Lang=En (último acceso: 25/05/2018)

NORMATIVIDAD NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PERU, Constitución Política del Perú de 1993, promulgada el 29 de diciembre de 1993, entró en vigor el 1 de enero de 1994. Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf> (último acceso: 22/05/2018)

— Constitución Política del Perú de 1979, promulgada el 12 de julio de 1979, entró en vigor el 28 de julio de 1980. Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm> (último acceso: 25/03/2018)

— Código Procesal Civil, entró en vigor el 23 de abril de 1993 Disponible en: <http://webapp.regionsanmartin.gob.pe/sisarch/LEGISLACION/7.%20OTRAS%20NORMAS/codigo-procesal-civil-per.pdf> (último acceso: 25/04/2018)

— Código del Niño y del Adolescente, entró en vigor el 28 de junio de 1993. Disponible en: <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/mujer/CNA.HTM> (último acceso: 25/04/2018)

— Código Civil del Perú, entró en vigor el 14 de noviembre de 1984. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf> (último acceso: 29/04/2018)

— Ley General de la persona con discapacidad Ley N° 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://www.minedu.gob.pe/comunicado/pdf/normativa-2018/ley-29973/ley-29973-ley-general-de-la-persona-con-discapacidad.pdf> (último acceso: 10/04/2018)

— Ley del Notariado, publicada el 26 de diciembre de 1992. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_per_leynotariado.pdf (último acceso: 10/04/2018)

NACIONES UNIDAS, Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada mediante Resolución 61/106 el 13 de diciembre de 2006. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (último acceso: 28/05/2018)

— Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> (último acceso: 10/03/2018)

— Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobada mediante Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (último acceso: 10/03/2018)

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 en la sesión plenaria 183. Resolución 217 A (III). Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf (último acceso: 10/05/2018)

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita el 06 de julio de 1999. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html> (último acceso: 10/05/2018)

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú

Sentencia N° 2437-2013-AA, caso Jane Margarita Cósar Camacho y otros contra Supermercados peruanos S.A. – Plaza Veá.

Sentencia N° 1647-2013-PA/TC, caso Norman Guido Vera Masciotti contra el Plan de mejoramiento de riego en la sierra y selva “Plan Merris Inka”

Sentencia N° 199-2013-AA/TC, caso Jorge Martín Reynoso Navarro contra Ministerio de Transportes y comunicaciones.

Sentencia N° 2313-2009-HC/TC, caso Luz Margarita Bustamante Candiotti contra la directora de la casa de reposo divina salud.

Sentencia N° 02273-2005-PHC/TC, caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra jefe del Registro Nacional de identificación y Estado Civil.

Sentencia N° 0030-2005-PI/TC, caso Congresistas de la República contra Ley N° 28617, Ley que establece la barrera electoral.